

Trabajo Fin de Máster

La mediación internacional en el
marco jurídico europeo y nacional:
estudio de la Directiva 2008/52/CE
y de la Ley 5/2012

Autora M^a Carmen Chéliz Inglés

Directora Dra. M^a Pilar Diago Diago

Facultad de Derecho, junio 2013
Departamento de Derecho Privado, Área de Derecho
Internacional Privado

Máster en Especialización e Investigación en Derecho

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
1. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MARC).....	7
2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE MEDIACIÓN	11
3. DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIACIÓN Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS AFINES	13
3.1. Mediación-arbitraje	14
3.2. Mediación-negociación	15
3.3. Mediación-conciliación	15
4. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.....	16
 II. MEDIACIÓN INTERNACIONAL	 19
1. LA MUNDIALIZACIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ..	19
2. CONCEPTO DE MEDIACIÓN INTERNACIONAL	23
3. MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA	24
4. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL).....	29
 III. INTERÉS DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA MEDIACIÓN.....	 32
1. ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.....	32
2. EL LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL	34
3. CÓDIGO DE CONDUCTA EUROPEO PARA MEDIADORES.....	38
4. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 22 DE OCTUBRE DE 2004.....	39
4.1. Objetivos.....	41
4.2. Ámbito de aplicación.....	42
4.3. Contenido.....	44
5. TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE	48
5.1. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo	48
5.2. Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior e Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos	49
5.3. Dictamen del Parlamento Europeo	51
5.4. Posición Común del Consejo de 28 de febrero de 2008 y Posición del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2008.....	53
6. LA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES	53
6.1. Ámbito de aplicación.....	54

6.2. Aspectos relevantes del contenido de la Directiva. Diferencias con el texto inicialmente propuesto.....	57
6.2.1. La figura del mediador	57
6.2.2. La ejecución de los acuerdos que ponen fin a la mediación.....	58
6.2.3. Confidencialidad de la mediación	60
6.2.4. Efecto de la mediación en los plazos de caducidad y prescripción	61
6.3. Valoración general de la Directiva	62
IV. LA MEDIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	64
1. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR	65
1.1. Base jurídica	65
1.2. Contenido.....	66
1.3. Mediación familiar internacional en la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Castilla-La Mancha.....	68
2. LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	70
3. PROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN, DE 29 DE ABRIL DE 2011	73
3.1. La voluntariedad de la mediación.....	74
3.2. La ejecutividad del acuerdo resultante de la mediación	76
3.3. Registro de mediadores y de instituciones de mediación	78
4. REAL DECRETO LEY DE MEDIACIÓN 5/2012, DE 5 DE MARZO Y LEY DE MEDIACIÓN 5/2012, DE 6 DE JULIO	78
4.1. Ámbito de aplicación.....	79
4.2. Conflictos transfronterizos	81
4.3. Plazos de prescripción y caducidad	82
4.4. Tratamiento de la voluntariedad y la confidencialidad	83
4.4.1. La voluntariedad de la mediación: contraste con el Proyecto de 2011	84
4.4.2. Extensión del principio de confidencialidad	86
4.5. Ejecución de los acuerdos resultantes de una mediación. Especial referencia a los acuerdos transfronterizos	87
4.6. Otras disposiciones contenidas en la Ley 5/2012.....	90
V. PROBLEMAS CONFLICTUALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	93
1. PROBLEMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	94
1.1. Tribunal competente para solicitar la ejecución de un acuerdo extranjero en España.....	95
1.2. Tribunal competente para conocer de los conflictos surgidos en cuanto al contrato de mediación.....	96
1.3. Tribunal competente para conocer de la nulidad del acuerdo que pone fin a la mediación	98
1.4. Tribunal competente en relación con las medidas cautelares.....	98
2. PROBLEMAS DE LEY APLICABLE	99
2.1. Ley aplicable al fondo y a la forma del contrato de mediación.....	99

2.1.1. El contrato de mediación celebrado entre las partes y el mediador....	99
2.1.2. El contrato de mediación inter partes	100
2.2. Ley aplicable a la capacidad de las partes para obligarse.....	101
2.3. Ley aplicable al acuerdo resultante de la mediación	102
3. PROBLEMAS DE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE DECISIONES EXTRANJERAS	104
4. APÉNDICE: SUPUESTO ILUSTRATIVO DE ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN DE MENORES	106
VI. CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	113
ANEXOS.....	122

I. INTRODUCCIÓN

El entramado de relaciones jurídicas en nuestra sociedad actual, fuertemente marcada por el fenómeno de la mundialización, nos muestra como los conflictos, inherentes a cualquier tipo de relación, son cada vez más complejos y de difícil solución a través de la justicia tradicional. Ello junto con la excesiva judicialización para resolver todas las controversias que puedan surgir en diferentes ámbitos, ha dado lugar a que hoy en día se produzca una “crisis de la Administración de Justicia”¹, y a que asistamos a un cambio en los mecanismos de resolución de conflictos, donde destaca el resurgir de los mecanismos alternativos.

El acceso a los tribunales ante una situación de conflicto se concibe como el principal, y prácticamente único, mecanismo al que se acude para resolver todas las controversias que se plantean². Por lo tanto, no se considera como la “última ratio” a la que, cuando el problema no se ha podido resolver mediante otras vías, todos los ciudadanos pueden acudir en defensa de sus derechos fundamentales e intereses legítimos.

En consecuencia, el número de litigios que se plantean ante los tribunales se fue elevando progresivamente hasta el 2009³. A partir de este año, comienzan a notarse en el acceso a la Justicia los efectos de la crisis económica en la que todavía nos encontramos, dando lugar a una disminución genérica de la litigiosidad en los órganos judiciales. De los diferentes datos oficiales publicados por el Servicio de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial⁴, se observa como la cifra de 9.567.280

¹ En este sentido BARONA VILAR, S. "El movimiento de las ADR en el Derecho comparado" en CASTILLEJO MANZANARES, R. *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, p. 459-461; CASTILLEJO MANZANARES, R. "Mediación en el ámbito familiar" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 341-342; NIEVA-FENOLL, J. "La mediación: ¿una "alternativa" razonable al proceso judicial?", en *Actualidad Civil*, Nº 15-16, 2012.

² Se dice por ello que en España, como en la mayoría de los países de Occidente, reina una “cultura del litigio”, en contraste con lo que ocurre por ejemplo en los países anglosajones, donde se habla de una “cultura de la mediación”. Véase por ejemplo TARRÍO BERJANO, M.G. "Mediación y notariado" en *El Notario del Siglo XXI*. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, Nº 42, 2012

³ Así, mientras que en el año 2001, el número de asuntos ingresados en los órganos judiciales españoles era de 6.802.917, en el 2009 ingresaron 9.567.280. Cabe destacar que los años en que se produjo un mayor incremento de asuntos fueron 2008 y 2009, pasando en 2008 de 8.362.587 que ingresaron el año anterior, a 9.044.995; y en 2009 de esta última cifra a 9.567.280. Datos extraídos de la *Panorámica de la Justicia 2012*, del Consejo General del Poder Judicial, aprobada por el Pleno de 23 de julio de 2012, p. 106, disponible en su página web.

⁴ Véase en este sentido la publicación del Consejo General del Poder Judicial (España). Sección de Estadística Judicial. “Estimación del incremento de carga de los órganos judiciales atribuible a la crisis

de asuntos que ingresaron en los órganos judiciales en 2009, ha descendido hasta 8.972.642 en el año 2012. Con respecto al año 2013, se espera que estas cifras continúen disminuyendo, puesto que a los efectos de la crisis hay que añadirle el aumento de las tasas judiciales que tuvo lugar el año pasado, incrementando los costes procesales.

No obstante, pese a este descenso producido en los últimos años, sigue habiendo una excesiva judicialización en la resolución de los conflictos⁵, dando lugar a que el tiempo en que el proceso es resuelto siga siendo elevado, y el nivel de satisfacción de las partes, en muchas ocasiones, escaso⁶.

Partimos, por lo tanto, de este contexto de excesiva judicialización, en el que los costes procesales son cada vez mayores. El aumento de los costes cobra gran relevancia en el momento de crisis económica actual, puesto que puede dar lugar a que, en ocasiones, las partes en conflicto no acudan a los tribunales porque carecen de recursos económicos suficientes para ello, pese a los beneficios, cada vez más escasos, de justicia gratuita. Además, si se acude a los órganos judiciales, puede ocurrir que una vez finalizado el litigio, la decisión judicial impuesta por el juez y que deberán acatar las partes, no satisfaga a ninguna de ellas, y/o no se adapte bien a la situación del caso concreto.

Estos inconvenientes se ven potenciados en los conflictos que revisten carácter internacional, los cuales son cada vez más habituales en el marco actual producido por la mundialización, que ha dado lugar a un incremento en la movilidad de los ciudadanos, a la realización del mercado interior de la Unión Europea, y al auge del comercio internacional y del comercio electrónico. Esta modalidad de conflicto en la que se ven involucrados dos o más ordenamientos jurídicos de distintos Estados (además de producirse un aumento en los costes y una dilación temporal del proceso

económica” en *Datos de Justicia: Boletín de Información Estadística*, Nº 31, 2012; y otros trabajos también del Consejo General del Poder judicial como *La justicia dato a dato: año 2011*; y el resumen estadístico, *Datos nacionales de 2012*, ambos disponibles en su página web. En ellos se pone de manifiesto también cómo la tasa de litigiosidad ha disminuido entre 2010 y 2011 un 3.7%, y entre 2011 y 2012 un 2.8%.

⁵ Comparando los datos correspondientes al año 2001, con los correspondientes al 2012, se puede observar que se ha producido un aumento de 2.169.725 de asuntos ingresados en los órganos judiciales.

⁶ Mientras que en el año 2009, que es el año en que mayor número de asuntos ingresaron en los órganos judiciales, la tasa de pendencia y la de congestión fueron 0.34 y 1.35 respectivamente, en el 2012 han sido de 0.32 y 1.32, por lo que aunque ha habido una mejoría, siguen siendo altas. Véanse los Informes estadísticos del Consejo General del Poder Judicial, “Indicadores clave del conjunto de las jurisdicciones”, de los años 2009 y 2012.

más acusados que en el caso de un procedimiento interno) ofrece una complejidad también muy superior, puesto que se plantean conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales, a la vez que surge la resolución y ejecución de sentencias judiciales en un Estado distinto al de la autoridad jurisdiccional que las dictó⁷.

Todas estas dificultades, han creado cierta visión negativa de los ciudadanos hacia la justicia tradicional⁸, que en muchas ocasiones no es capaz de dar una respuesta adecuada a sus problemas, y han favorecido el resurgimiento de las vías de arreglo pacífico de los conflictos. Estas vías, entre las que destaca la mediación, facilitan el ejercicio de los ciudadanos de su derecho a una tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 CE, y a su vez, son en gran medida un instrumento de paz social que otorga relevancia nuclear al papel que desempeña la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de resolver un conflicto

En este sentido, la importancia y el interés por fomentar soluciones libremente adoptadas por las partes mediante consenso, llevó hace cinco años a la Unión Europea a aprobar la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Recientemente, nuestro legislador, procedió a su incorporación través del RDL 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que pasó a publicarse como Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el *BOE* de 7 de julio de 2012. Esta normativa completa un panorama muy complejo de legislaciones numerosas, Recomendaciones, modelos, guías, etc. y lo hace generando múltiples incertidumbres que ponen de relieve la necesidad de concretar el marco jurídico ante las situaciones internacionales e interregionales propias del Derecho Internacional Privado español, que constituyen el objeto del Derecho Internacional Privado en sus dos dimensiones: interna e internacional.

El objetivo del presente trabajo consiste en realizar una aproximación a la mediación civil y mercantil, desde una perspectiva internacional privatista. Con este fin se van a abordar, en un primer capítulo introductorio, cuestiones básicas como la

⁷ Véase DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex 2008 p. 276 y siguientes; PALAO MORENO, G. "La mediación familiar internacional" en Llopis Giner, J.M. (Coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003, p. 67-69

⁸ Véase la paradoja sobre la relación amor-odio que mantienen los ciudadanos con la Justicia, que por un lado reniegan de los jueces y la Justicia, pero por otro se mitifica su intervención y se someten a "lo que digan los jueces" en numerosas ocasiones, en ORTUÑO MUÑOZ, J.P./ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Madrid: Fundación Alternativas, 2007, p. 15

delimitación del concepto de mediación y sus diferencias con otros mecanismos de resolución de conflictos, para posteriormente analizar qué se entiende por mediación internacional y por mediación transfronteriza, términos que aunque habitualmente se confundan, no hacen referencia a la misma realidad. A su vez, se va a realizar un estudio sobre el complejo marco jurídico ya mencionado, prestando especial atención a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (UNCITRAL), a la Directiva 2008/52/CE, a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y a las diferentes legislaciones autonómicas que regulan la mediación familiar en el ordenamiento jurídico español. Finalmente, se pondrán de manifiesto los numerosos problemas conflictuales que se plantean en el marco de una mediación internacional

1. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MARC)

Desde hace algunos años, se viene produciendo en los Estados miembros de la Unión Europea un desarrollo y promoción de los llamados “mecanismos alternativos de resolución de conflictos” (en adelante MARC)⁹, con la finalidad de favorecer el acceso de los ciudadanos a la Justicia, y mejorar el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, aunque esta promoción de los MARC en los Estados de la Unión Europea es muy reciente, la aparición de los mismos se produjo durante la última parte del siglo XX, en Estados Unidos¹⁰. Tal y como establece TWINING, W. las causas que originaron la aparición de dichos mecanismos fueron: un sentimiento de que el sistema judicial se había sobrecargado por un incremento de las reclamaciones civiles y los procesos penales; un sentimiento de que eran necesarios mecanismos privados de resolución de conflictos que atendieran a los intereses particulares; y la opinión de que el sistema no era capaz de garantizar el acceso a la justicia a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones.

⁹ Conocidos por los acrónimos MARC o ADR según se utilice la expresión francesa “Modes Alternatifs de Résolution des Conflits”, que además coincide con la española, o la inglesa “Alternative Dispute Resolution”. FODDAI, M.A. “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?” en GARCÍA VILLALUENGA, L. y otros (Coord.) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Vol. 1, Editorial Reus, 2010, p. 50 y siguientes.

¹⁰ Véase TWINING, W. “Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics” en *The Modern Law Review*, vol. 56, May 1993, p. 380.

Los MARC se pueden definir como “*un conjunto de prácticas y técnicas que tienen como objetivo (1) permitir que las disputas legales se resuelvan fuera de los tribunales en beneficio de todas las partes; (2) reducir el coste de un litigio convencional y los retrasos a los que está habitualmente sujeto; o (3) prevenir conflictos jurídicos que de otra manera probablemente se llevarían a los tribunales*”¹¹. Esta definición pone de manifiesto las dos funciones de los MARC, que más allá de tratar de solucionar conflictos, también van a desempeñar una labor de prevención.

Cabe destacar que, pese a que inicialmente tenían una vocación de alternatividad a la justicia tradicional, y su utilidad se vinculaba a la “descongestión de los tribunales” hoy en día se han convertido en medios independientes de acceso a la justicia, que encuentran su fundamento en la libertad de los ciudadanos, demostrando que sus ventajas se extienden más allá de esa descarga de asuntos de los tribunales. Así pues, atendiendo a las características concretas de cada conflicto, en particular, nos encontramos con controversias en las que acudir a un MARC puede ser más adecuado que acudir a la vía jurisdiccional. Ejemplos de ello son los conflictos que surgen en el ámbito de una relación familiar¹² o comercial, en las que las relaciones entre las partes deben mantenerse en un futuro; o los conflictos internacionales, en los que debido al juego de varios ordenamientos jurídicos, revisten mayor complejidad de coordinación, y la obtención de una solución satisfactoria para las partes es más difícil. En estos casos, cabría sustituir el adjetivo “alternativos” por “adecuados”¹³.

La noción MARC engloba bajo este amplio término diversos mecanismos alternativos de resolución de controversias, aunque entre la doctrina no hay unanimidad a la hora de determinar qué concretos mecanismos se entienden incluidos en él. Por un lado, según una concepción amplia¹⁴, el término MARC comprende la conciliación, la

¹¹ Definición extraída de LIEBERMAN, J.K./ HENRY, J.F "Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement" en *Univesity of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, p. 426.

¹² Para una visión general en materia de familia véase MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (Coord.) Curso de Derecho Civil. Vol IV. *Derecho de Familia*, Madrid, Colex, 2011; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “A cada uno su familia, a cada familia su derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)” en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 2, 2007, p. 29-47; FERRER ORTIZ, J. “Familia y Derecho” en MELERO MORENO, C. (Coord.) *XV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas en el XXV aniversario de su fundación*, 1997, p. 197-230.

¹³ Véase ANDRÉS CIURANA, B. "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)" en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, Nº 12, 2005, p. 61.

¹⁴ Defiende esta posición BARONA VILAR, S. *Solución extrajurisdiccional de conflictos. "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999

mediación, el arbitraje y otras técnicas mixtas como el “med-arb¹⁵”. Por otro lado, según las concepciones estrictas¹⁶, bajo este término principalmente se engloba la mediación, la conciliación y otros procedimientos equivalentes en los que el tercero interviniente no esté facultado para imponer la solución de la controversia a las partes, excluyendo por lo tanto las prácticas arbitrales, que quedarían en un lugar intermedio entre los MARC y el proceso jurisdiccional. No obstante, atendiendo a los diferentes instrumentos jurídicos que se ocupan de los MARC¹⁷, parece más adecuado excluir al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, tal y como hace el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil¹⁸.

Con independencia de esta discusión doctrinal sobre la inclusión o no del arbitraje dentro de los MARC, que no es objeto de estudio, resulta interesante clasificar los diferentes mecanismos de resolución de conflictos. Así, es clarificador partir de una clasificación general de las vías de resolución de los conflictos, distinguiendo entre los mecanismos heterocompositivos¹⁹.

Los mecanismos autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes en conflicto las que alcanzan la solución al mismo. Ello no impide que pueda intervenir un tercero imparcial, pero de ser así, éste en ningún caso podrá imponer la solución a

¹⁵ Se trata de un mecanismo de resolución de conflictos que combina la mediación y el arbitraje, de tal forma que en primer lugar las partes, junto con el mediador, tratarán de resolver su conflicto a través de la mediación. Si no se alcanzara un acuerdo, o este no fuera sobre la totalidad del conflicto, la mediación daría paso al procedimiento de arbitraje, el cual pondría fin al conflicto. La principal crítica que se ha vertido sobre este método es que el mediador actúa también como árbitro. Véanse, entre otros, TELFORD, M.E. *Med-arb: a viable dispute resolution alternative*, Industrial Relations Centre, 2000; PETER, J.T. “Med-arb in international arbitration” en *The American Review of International Arbitration*, vol. 8, Nº 1, 1997.; y SAIZ GARITAONAENDÍA, A. “Mediación, medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos” en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 74-85, especialmente p. 80-83.

¹⁶ Véase FOUCARD, P. “Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international” en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Melanges en l'honneur de Kahn, Litec 2000* p. 96 y siguientes.

¹⁷ Como el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión Europea, de 19 de abril de 2002, la Ley modelo sobre conciliación comercial internacional de la CNUDMI de 24 de enero de 2003, y la Directiva 2008/2002. En este sentido, véase el interesante análisis de DIAGO DIAGO, P. “Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)” en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Estudios sobre la contratación internacional*, Colex 2006 p. 157-160.

¹⁸ El Libro Verde excluye expresamente el arbitraje, del concepto de modalidad alternativa de solución de conflictos. Señala que “*el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia*”.

¹⁹ Véase MORENO CATENA, V. “La resolución jurídica de conflictos” en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 31-33.

las partes, sino que su función se limita a aproximarlas, con objeto de que sean ellas mismas las que lleguen al consenso. Este es el aspecto positivo de la autocomposición, y es que en este tipo de mecanismos son las partes en conflicto las que deciden cuál es la solución que más se adapta a sus necesidades, no se les impone desde el exterior, son ellos, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, los que buscan solución a su problema. No obstante, hay que tener en cuenta que la autocomposición, en un principio, no es definitiva, es decir, cualquiera de las partes en el conflicto puede desobedecer la solución acordada, dando lugar a un nuevo conflicto sobre el mismo objeto, o a su reproducción en vía judicial. Ejemplos de métodos autocompositivos son la negociación, la transacción, la conciliación o la mediación.

En sentido opuesto, los mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos son aquellos en los que es un tercero imparcial el cual pone fin al conflicto mediante la emisión de una decisión motivada, razonada y razonable, que será vinculante para las partes²⁰. Las formas heterocompositivas para la resolución de conflictos previstas en nuestro ordenamiento jurídico son el proceso jurisdiccional y el arbitraje. Ambas figuras comparten este papel decisorio que desempeña el tercero, pero se diferencian en la legitimación del mismo, puesto que mientras en el arbitraje son las partes las que, a través de un contrato con el árbitro, le conceden *auctoritas* para resolver ese concreto conflicto; en el proceso jurisdiccional el tercero, además de *auctoritas*, está revestido también de *potestas*, y es un órgano preestablecido por el Estado para conocer de todos los conflictos jurídicos que surjan en la sociedad, por lo que ya no se someten a él las partes a través de un contrato²¹.

Por lo tanto, la totalidad de los MARC, a excepción del arbitraje, son mecanismos autocompositivos, lo que se traduce en una consagración de la autonomía de la voluntad, y una participación activa de las partes a la hora de tratar de solucionar sus conflictos, con independencia de que para ello acudan a la ayuda de un tercero imparcial, que en ningún caso podrá imponerles la solución a aquellos.

²⁰ Se observa que la actuación del tercero en estas formas de resolución de conflictos es *supra partes*, a diferencia de lo que ocurre en los mecanismos autocompositivos, en los que el sujeto se sitúa *inter partes*.

²¹ Véase GONZÁLEZ CANO, M^a. I. "Los métodos alternativos de resolución de conflictos" en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p. 133.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE MEDIACIÓN

Con la elaboración de la Directiva 2008/52/CE, y su transposición en España mediante la Ley 5/2012, se ha puesto fin a la incertidumbre que generaba el hecho de no tener una definición legal de mediación. Así, el artículo 3 de la Directiva 2008/52, define la mediación como *“un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”*.

En primer lugar, conviene destacar que se trata de concepto autónomo de “mediación”, propio y específico del Derecho Internacional Privado. Con ello se despojan de la noción de mediación las particularidades de cada Derecho interno, logrando una definición autónoma, con independencia de las que se establezcan en las legislaciones nacionales que la transpongan. No obstante, la ley española 5/2012 define la mediación en términos muy similares a los de la Directiva²².

Como se puede observar, se trata de una definición muy amplia, que engloba todos los mecanismos en los que las partes traten de solucionar una controversia con ayuda de un tercero, con independencia de la denominación que se otorgue a tal procedimiento, lo que puede ocasionar, como veremos posteriormente, que no se pueda establecer una clara delimitación entre la mediación y otras figuras similares, como por ejemplo la conciliación²³. No obstante, de esta definición ya se pueden extraer algunas de sus características principales²⁴, como son la voluntariedad, la presencia de un tercero imparcial, y la imposibilidad de que el mismo imponga la solución a las partes. A estos rasgos definitorios de la mediación cabe añadir otros como la confidencialidad, la profesionalidad del mediador, y la buena fe, respeto mutuo y deber de colaboración de las partes, que se extraen del análisis de la normativa anteriormente mencionada.

²² La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, define en su artículo 1 la mediación como *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”*.

²³ Véase DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex 2008 p. 277 y siguientes.

²⁴ Véase el interesante trabajo de CORNU, G. "Les modes alternatifs de règlement des conflits" en *Revue internationale de droit comparé*, N°2, 1997, p. 313-323, especialmente p. 315-316. Aquí CORNU defiende que la mediación reposa sobre siete columnas: la voluntariedad, la participación personal de los interesados, la asistencia de un tercero independiente, la confianza, la confidencialidad, la ausencia de todo poder jurisdiccional por parte del mediador, y la búsqueda de una solución equitativa.

Con todo, la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁵ establece que los principios informadores de la mediación son cuatro:

- El principio de voluntariedad y libre disposición. La mediación, tal y como la recoge la Ley 5/2012, es voluntaria, lo que se manifiesta por un lado en un acceso voluntario a la misma²⁶, y por otro, en la posibilidad de las partes de abandonar el procedimiento de mediación cuando estimen conveniente, y en la no obligatoriedad de alcanzar un acuerdo.

No obstante, dentro del respeto de la voluntad de las partes, se incluye la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación, lo que trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Por otro lado, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma²⁷.

- El principio de imparcialidad. Este principio lo recoge el artículo 7, el cual consagra la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso de mediación, donde intervendrá el mediador para intentar que las partes lleguen a un acuerdo, sin actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas, garantizando el mantenimiento del equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados. Además, la ley también establece la obligación del mediador de comunicar a las partes

²⁵ Las diversas normativas autonómicas sobre mediación familiar también establecen cuáles son los principios básicos por los que se rige toda mediación, coincidiendo algunos con los que posteriormente establecería la Ley 5/2012, pero otros no. Así por ejemplo, la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, en su artículo 7, contiene como principios la transparencia, la flexibilidad, el carácter personalísimo, y la buena fe. Véase también LAUROBA LACASA, M^a E. "La mediación familiar en Cataluña" en GINÉS CASTELLET, N. *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, J.M. Bosch Editor, 2011, p. 172-181; MARÍN LÓPEZ, J.J. "El interés del menor en la futura ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha" en MARÍN LÓPEZ, M.T. (dir.), *El derecho y los derechos de los niños*, 2003, p. 65 y siguientes; o GONZÁLEZ PILLADO, E. "Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 357-368.

²⁶ Esta manifestación de la voluntariedad ha sido fuertemente discutida tanto en la doctrina, como en los antecedentes de la Ley 5/2012. Así, como ya veremos posteriormente, el Proyecto de Ley de 29 de abril de 2011, preveía la modificación de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal manera que se establecía la obligatoriedad de acudir a la mediación en ciertos supuestos concretos.

²⁷ En cuanto a los pactos de sometimiento a la mediación y la obligatoriedad de cumplirlos que establece la Ley de mediación, véase DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. "Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 733, 2012, p. 2980-2981.

cualquier circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad, o generar un conflicto de intereses²⁸.

- El principio de neutralidad. Hace referencia a que el mediador desarrollará un papel activo en el proceso de mediación, tendente a que las partes lleguen a un acuerdo, pero han de ser éstas por sí mismas las que lo alcancen. Este principio es el que nos permite clasificar la mediación como un mecanismo de resolución de conflictos autocompositivo, caracterizado por la imposibilidad de que el tercero imparcial pueda imponer la solución a las partes.

- El principio de confidencialidad²⁹. Se trata de un principio esencial para el éxito de la mediación, consistente en la garantía de que tanto el proceso de mediación, como la documentación utilizada en el mismo, es confidencial, por lo que no se puede revelar. Esta obligación de confidencialidad se extiende al mediador, a las instituciones de mediación, y a las partes intervinientes, de modo que ninguno de ellos están obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo. No obstante, ello se verá excepcionado cuando así lo hayan pactado las partes, o cuando así lo soliciten los jueces del orden jurisdiccional penal mediante resolución judicial motivada.

Junto a estos cuatro principios, la ley establece que el proceso de mediación también se guiará por las reglas de la buena fe y el respeto mutuo entre las partes, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador, figura profesionalizada.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIACIÓN Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS AFINES

La coincidencia de algunos de sus rasgos característicos, unido a la vaguedad de las definiciones legales, y a que en la práctica las fronteras entre unos mecanismos y

²⁸ Véase sobre el principio de imparcialidad, y en general sobre los principios contenidos en la Ley 5/2012 COSTAS RODAL, L. "La nueva ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 7, 2012, p. 4.

²⁹ En cuanto al principio de confidencialidad véase la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2011, en la que se pronuncia expresamente sobre este principio en la mediación. También PALAO MORENO, G. "El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, Nº2, 2012, p. 317-318; ARGUDO PÉRIZ, J. L. "El nuevo marco jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad del Derecho en Aragón*, Nº 16, 2012, p. 18-19

otros en ocasiones se desdibujan, dan lugar a que con frecuencia se confunda la mediación con otras figuras afines, como son el arbitraje, la negociación o la conciliación. Por ello, conviene establecer claramente cuáles son las diferencias entre la mediación y estos otros mecanismos de resolución de conflictos³⁰, que como ya veremos se basan fundamentalmente en la figura del tercero neutral, y el papel que desempeña.

3.1. Mediación-arbitraje

Ambos mecanismos coinciden en que en ellos interviene un tercero ajeno a las partes, con el objetivo de lograr la resolución de conflictos sin necesidad de acudir al proceso judicial, y que se inician, en principio, por una sumisión voluntaria de las partes a los mismos. Además en la práctica, especialmente en materia comercial, ambas figuras aparecen interconectadas a través de procedimientos híbridos como el med-arb, que combinan ambas figuras³¹.

No obstante, hay una clara diferencia entre la mediación y el arbitraje³², y es que mientras el primero es un medio de resolución de conflictos autocompositivo, el segundo lo es heterocompositivo, por lo que, a diferencia del mediador, el árbitro impondrá la solución a las partes. Esto también nos lleva a que una mediación no garantiza la resolución del conflicto, puesto que las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo, sin embargo, un arbitraje siempre va a finalizar con una solución tomada por el árbitro, el laudo arbitral, que las partes deben acatar. Por ello, el arbitraje es un

³⁰ Para un análisis general LAGARDE, X. "L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation" en *Revue de l'arbitrage*, N°3, 2000, p. 377 a 401; ROMERO NAVARRO, F. "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador" en *Revista del ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 40, 2002, p. 31 a 54, especialmente p. 34.

³¹ En este sentido ALMOGUERA, J. "La Directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional" en *Noticias de la Unión Europea*, N° 292, 2009, p. 5-19, especialmente p. 15-19; y ESTEBAN DE LA ROSA, G. "Irrupción del movimiento A.D.R (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 2005 p. 89 a 115, especialmente p. 99. Debido a la existencia de estos medios híbridos y a la coincidencia de diversos principios en los procesos de mediación y arbitraje, ALMOGUERA, J. afirma que "ambos tienen en común diversas funciones y no son medios mutuamente excluyentes, sino, más bien, complementarios".

³² Véase el interesante trabajo de COOLEY, J.W. "Arbitration vs. Mediation - Explaining the Differences" en *Judicature*, vol. 69, N° 5, 1986, p. 263-269. A lo largo del mismo establece las diferencias entre el proceso de mediación y el de arbitraje, para finalizar introduciendo una tabla comparativa aclaratoria.

método más cercano al procedimiento judicial que a los MARC, teniendo el laudo arbitral el objetivo de sustituir a la sentencia judicial³³.

3.2. Mediación-negociación

Tanto la mediación como la negociación son mecanismos autocompositivos, en los que son las partes en conflicto las que llegan por sí mismas a un acuerdo. La diferencia entre una y otra figura es que mientras que en la mediación interviene un tercero neutral, que trata de aproximar a las partes, en la negociación no interviene ningún tercero, sino que tiene lugar entre los propios implicados³⁴.

3.3. Mediación-conciliación

La distinción entre ambas figuras es la que menos nítida se presenta, puesto que los elementos que nos habían servido para distinguir la mediación de los anteriores mecanismos, con la conciliación coinciden. Así, los dos son métodos de resolución autocompositivos, en los que interviene un tercero neutral, que en ningún caso puede imponer la solución a las partes. Teniendo presentes estas similitudes, la doctrina ha tratado de delimitar ambos conceptos, y establecer cuáles son las diferencias entre ellos. Pese a que no existe consenso, varios autores³⁵ defienden que la mediación se distingue de la conciliación en el papel que desempeña el tercero, que mientras en la mediación se encargaría de ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, aclarando sus puntos de vista, y aproximándolos para que ellos mismos lleguen a un acuerdo; en la conciliación, el tercero, tras reunirse con las partes, les puede presentar una propuesta de transacción. Por lo tanto, según esta parte de la doctrina, lo que diferenciaría la mediación de la conciliación sería el papel más activo del mediador, en el sentido de que intenta aproximar a las partes, frente al conciliador, que no entraría en ello.

³³ Véase por ejemplo, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia" en *Derecho Privado y Constitución*, N°19, 2005, p. 55-91, especialmente p. 62-64.

³⁴ Sobre la diferencia entre ambas figuras, y con el arbitraje y la conciliación, realiza un interesante cuadro comparativo BOTANA CASTRO, A.V. "Conceptos básicos de referencia" en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 27-44, especialmente p. 33-35.

³⁵ Véase OPPETIT, B. "Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique" en *Justices*, N°1, 1995, p. 53 a 59, especialmente p. 56-57; y PUNZI, C. "Mediazione e conciliazione" en *Rivista di diritto processuale*, vol. 64, N° 4, 2009, p. 848 y siguientes.

De cualquier modo, se trata de una propuesta muy teórica, que en la práctica es muy difícil de apreciar³⁶. Así, como pone de manifiesto DIAGO DIAGO, P.³⁷, acudiendo a las definiciones de “mediación” que contienen tanto la Directiva 2008/52/CE como la Ley 5/2012, y a la definición de “conciliación” de la Ley modelo sobre conciliación comercial internacional de la CNUDMI de 24 de enero de 2003, se puede observar que la amplitud de las mismas no permite diferenciar una figura de la otra, habiendo sido más razonable utilizar el término genérico de MARC, evitando de tal forma todo tipo de confusión. Por otro lado, hay que tener presente que la Directiva establece una noción autónoma y propia de mediación, independientemente de lo que se establezca en los Derechos internos, y conforme a los paradigmas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea.

4. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

Son numerosos los trabajos³⁸ en los que se ponen de manifiesto las abundantes ventajas que comporta la elección de la mediación como método de resolución de conflictos. En primer lugar, en comparación con la Administración de Justicia, se trata de un mecanismo más rápido, flexible y que conlleva un menor coste que ésta. Pero independientemente de ello, la mediación posee unas ventajas propias derivadas de los principios sobre los que se apoya. Estas ventajas se podrían resumir en:

- La solución que pone fin al conflicto es decidida por las partes mediante consenso, no les viene impuesta por una tercera figura. Ello produce dos resultados positivos. Por un lado, se tratará de una solución que se adapte perfectamente a las circunstancias del caso concreto y en la que se han tenido en cuenta todos los intereses

³⁶ En este sentido, NIEVA-FENOLL, J. "La mediación: ¿una "alternativa" razonable al proceso judicial?", en *Actualidad Civil*, Nº 15-16, 2012.

³⁷ En su trabajo DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex 2008 p. 265 a 298

³⁸ Como muestra de ello véase WANG, M. "Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce?" en *Arbitration International*, vol. 16 Nº 2, 2000, p.189-211, especialmente p. 195-207; VERBRAEKEN, C./VINCKE, F. "Les methodes alternatives de reglement des litiges" en *Journal des Tribunaux*, Nº 5792, 2 de marzo de 1996, p. 161 a 167, especialmente p. 166; OTERO PARGA, M. "Ventajas e inconvenientes de la mediación" en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p.144-157; y REVILLA GONZÁLEZ, J. A. "Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: las relaciones transfronterizas" en *Estudios sobre consumo*, Nº 79, 2006, p. 59 a 74, especialmente p. 65-66.

particulares, puesto que ya no procede de la estricta aplicación de la ley por un tercero que es ajeno a las partes. Por otro lado, el hecho de que el acuerdo haya sido adoptado mediante consenso aumenta las probabilidades prácticas de que el mismo sea cumplido también voluntariamente.

-La mediación concede un papel fundamental a la autonomía de la voluntad de las partes³⁹, que se pone de manifiesto tanto en el momento de iniciar el procedimiento, como a la hora de estructurar el mismo, pudiendo abandonarlo en el momento que estimen oportuno sin necesidad de causa justificada, o finalizarlo sin haber llegado a ningún acuerdo. En consecuencia, las partes tienen un mayor control del procedimiento a través del cual tratan de resolver su conflicto, y desempeñan un papel activo en él. El principal límite que se establece a esta consagración de la autonomía de la voluntad es la disponibilidad por las partes de los derechos de que se trate, y la posibilidad real de que aquellas puedan elegir la ley aplicable.

- A través de la mediación se promueve la comunicación y el diálogo entre las partes, lo que conlleva una importante pacificación social, y favorece que las relaciones entre las mismas se mantengan en un futuro, lo que es muy importante en supuestos que no puede ser de otra forma, como ocurre en determinados conflictos familiares⁴⁰, especialmente en las familias biculturales.

- En relación con lo anterior, la mediación pone fin al carácter adversarial que impera en los procesos judiciales, en cuanto que durante el proceso de mediación las partes deben aproximarse para descubrir qué es lo que más le conviene, no atacarse, y al finalizar, ya no hay vencedores ni vencidos, ambos salen beneficiados.

Conviene destacar que junto a estas ventajas inherentes a todo tipo de mediación, la mediación internacional presenta además otros aspectos positivos adicionales⁴¹, que se pueden sintetizar en los siguientes:

³⁹ Sobre la autonomía de las partes en la mediación, especialmente en la mediación internacional, véase PALAO MORENO, G. "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012" en *Diario La Ley* Nº 7847, 2012

⁴⁰ Véase por ejemplo GARCÍA TOMÉ, M. "La mediación familiar en los conflictos de pareja" en *Documentación Social*, Nº 148, 2008, p. 43-60, especialmente p. 54-56. Relacionado con ello, "se pone fin al ganar-perder, en favor del ganar-ganar" LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. "La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo" en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 27, 2012, especialmente p. 10-11.

⁴¹ Se detienen en las ventajas de la mediación internacional CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.155 a 161, especialmente p. 155-156; DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La*

- La mediación internacional facilita el tratamiento del conflicto. Los procesos jurisdiccionales internacionales revisten mayor complejidad que los internos, debido a que en ellos se generan conflictos en la determinación del tribunal competente o de la ley aplicable, y en el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas por una autoridad de un Estado, en otro diferente. A través de la mediación, basada en la autonomía de la voluntad, estos problemas se pueden mitigar.

- Se produce un aumento en la seguridad jurídica. En relación con lo anterior, la mediación ofrece a las partes en conflicto un marco jurídico seguro y previsible.

- La dilación de un procedimiento judicial internacional, y los costes del mismo, también son muy superiores a los de uno interno, por lo que en estos supuestos la ventaja de una reducción de costes y de tiempo se ve reforzada⁴².

- Finalmente, la mediación internacional, al igual que la interna, favorece la continuidad de las relaciones entre las partes en conflicto, y la eficacia extraterritorial de los acuerdos consensuados entre las partes. Basta poner como ejemplo, tal y como pone de manifiesto PALAO MORENO, G., en el ámbito familiar, la mediación puede desempeñar un importante papel en la reducción del número de sustracciones internacionales de menores, tan frecuentes en la actualidad.

Unión Europea ante el Derecho de la globalización, Colex 2008 p. 276 y siguientes; ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 136, 2013, p.165-199, especialmente p.167-171; y PALAO MORENO, G. "La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa", en CANO BAZAGA, E. (Dir.) *La Libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 231 a 241, especialmente p. 232.

⁴² Véase el Libro Verde de la Comisión de 9 de febrero de 2000 "Asistencia jurídica en litigios civiles: Problemas para el litigante transfronterizo" COM (2000) 51 final.

II. MEDIACIÓN INTERNACIONAL

En los últimos tiempos se puede observar cómo la sociedad en que vivimos, marcada por el fenómeno de la mundialización, ha experimentado numerosas transformaciones, entre las que se encuentra la presencia cada vez más significativa de situaciones privadas internacionales, aumentando consigo el número de conflictos internacionales que pueden tener lugar. Ante este tipo de conflictos, surgen problemas relacionados con los tres sectores del Derecho Internacional Privado, esto es, en la determinación de la competencia judicial, la ley aplicable, y el proceso de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Por ello, la previsibilidad y seguridad jurídica deviene fundamental en este tipo de conflictos, y es aquí donde adquiere un papel relevante la mediación internacional.

1. LA MUNDIALIZACIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Una de las características que presenta la mundialización es la supresión de barreras temporales y espaciales, y la libre circulación mundial de bienes, servicios, capital e información⁴³. Se trata de un fenómeno que ha afectado a todos los ámbitos de la sociedad, como el económico, el político, el social y el cultural. En el ámbito civil y mercantil, en el que se ha centrado el presente estudio, se puede observar un aumento exponencial de las relaciones privadas internacionales, bien sea entre empresas, entre particulares, o entre ambos.

De esta forma, son fenómenos propios de la mundialización, por ejemplo, el incremento del número de parejas mixtas, que da lugar a un aumento de familias internacionales e incluso multiculturales⁴⁴, y en el contexto de los negocios

⁴³ Para un tratamiento genérico de la mundialización en el contexto del Derecho Internacional Privado, véase, en general, CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Globalización y Derecho Internacional Privado*, Liberlibro.Com, Albacete, 2002; CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L. *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001; y CALVO CARAVACA, A.L./BLANCO-MORALES LIMONES, P. *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003.

⁴⁴ En relación con las parejas mixtas, y la influencia de la mundialización en el derecho de familia véanse, entre otros, PARRA RODRIGUEZ, C, “Derecho Internacional Privado: los matrimonios mixtos” en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.) *Derecho de familia : procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 217-236; ZABALO

internacionales, la contratación internacional⁴⁵, y el incremento de las relaciones laborales de carácter internacional⁴⁶.

Las causas de esta expansión de las relaciones privadas internacionales son muy variadas y de muy diversa índole, pero, siguiendo el análisis realizado por CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁴⁷ se podrían sintetizar en las siguientes:

- La actividad económica. Se ha producido una globalización económica, y el mundo se ha convertido en un único mercado en el que, tras la supresión de diferentes obstáculos de Derecho Público, se ha conseguido la libre circulación de mercancías, servicios y capitales. Por lo tanto, las empresas no únicamente disponen del mercado nacional, sino que se ha abierto un mercado internacional, y aún mundial, muy importante, y da lugar a que se produzcan cada vez más exportaciones, que se constituyan empresas multinacionales con sucursales en diferentes Estados, etc. Ello provoca también una movilidad de los trabajadores de este tipo de empresas, los cuales, es bastante frecuente que cambien con asiduidad su lugar de trabajo.

- Los desplazamientos de personas. La realidad nos muestra cómo éstos son cada vez más numerosos. Algunas de las principales motivaciones que lo producen son la búsqueda de empleo o la mejora en la formación, el turismo internacional y el retirarse a vivir a otros países una vez alcanzada la edad de jubilación, las labores de voluntariado, o el amor. También es importante tener en consideración los desequilibrios internacionales de la natalidad, que favorecen las adopciones internacionales, de tal forma que los adoptantes no es casualidad que residan en países

ESCUADERO, M.E. “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam” en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 8, 2002, p. 221-258; ZABALO ESCUDERO, M.E. “Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia” en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, Nº 18, 2008, p. 45-80; DIAGO DIAGO, P. “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad” en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI : aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004; FERRER ORTIZ, J. “Libertad religiosa e inmigración: el matrimonio canónico entre católica y musulmán” en *Ius canonicum*, vol. 51, Nº 102, 2011, p. 547-585; y GÓMEZ CAMPELO, E. “Algunas reflexiones sobre el impacto de la multiculturalidad en el ámbito de la familia” en *Por una adecuada gestión de los conflictos: la mediación*, Caja de Burgos, 2008, p.225-276.

⁴⁵ Véanse, entre otros, CALVO CARAVACA, A.L./FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.) *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009.

⁴⁶ Ha profundizado en la materia Elena Zabalo, en trabajos como ZABALO ESCUDERO, E. *El contrato de trabajo en el Derecho Internacional Privado Español*, Barcelona, Bosch, 1983; y ZABALO ESCUDERO, E. Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 14, 2003, p. 225-239.

⁴⁷ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p. 34-36.

en los que la tasa de natalidad es inferior, mientras que los adoptados provienen de países en los que ocurre al contrario.

- Las nuevas tecnologías. El progreso tecnológico al que hemos asistido durante los últimos años nos permite comunicarnos con personas o empresas de otros países al instante, viajar con mayor rapidez de un país a otro, o incluso adquirir bienes que radican en otros Estados, de manera sencilla, rápida y poco costosa.

Todos estos factores sociológicos⁴⁸ impulsan la negociación internacional y las relaciones personales transfronterizas, pero el problema aparece cuando surge un conflicto, puesto que en él se van a ver involucrados diferentes ordenamientos jurídicos, lo que tiene su origen en la diversidad normativa y jurisdiccional que presentan los distintos Estados. Por lo tanto, ante un conflicto internacional las partes han de saber, en primer lugar, a qué tribunal han de acudir para presentar su demanda, y qué legislación les será aplicable, y, una vez resuelto el conflicto, deberán preocuparse por el reconocimiento y ejecución de la resolución que ha puesto fin al mismo, en un Estado distinto del Estado en que ha sido dictada. Todo ello ocasiona que la situación sea mucho más compleja que cuando se trata de un conflicto interno, y genere un coste adicional para los litigantes, el llamado “*coste internacional*”, que se puede desglosar en los siguientes aspectos⁴⁹:

- El coste de litigar ante tribunales extranjeros supone un coste superior al de hacerlo ante tribunales nacionales, puesto que hay que trasladarse al otro país, contratar abogados locales, conocer su Derecho procesal etc.

- Se trata de litigios que conllevan un coste procesal mayor, ya que será necesario realizar notificaciones o practicar prueba procesal en el extranjero.

- El coste de litigar con arreglo a una Ley extranjera también es superior, ya que se debe conocer esa ley, su contenido material, y hay que acreditarla ante los tribunales.

- Por último, una vez finalizado el litigio, las partes tratarán que se reconozca y ejecute la resolución judicial, en un país distinto al de la autoridad judicial que la ha

⁴⁸ En este sentido, véase también DEL ARENAL MOYÚA, C. “Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales” en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Universidad del País Vasco, Vitoria, 2009.

⁴⁹ Véase el interesante trabajo CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI” en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 22, 2004, p. 17-58, especialmente p. 38-40; y CARRASCOSA GONZALEZ J. *Conflicto de leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid 2011

dictado, lo que conlleva también un coste, debido a que se exigen diversos requisitos para que esta “importación” se produzca.

Por todo ello, tal y como pone de manifiesto CARRASCOSA GONZÁLEZ, en su obra “Conflicto de leyes y Teoría Económica”, el Derecho Internacional Privado debe tratar de disminuir este coste internacional incrementado con la mundialización, teniendo en consideración el principio de la eficiencia⁵⁰. Para obtener tal eficiencia, por un lado, hay que potenciar la previsibilidad o seguridad jurídica respecto al Derecho Internacional Privado aplicable y sus diferentes sectores; y por otro lado, hay que elaborar criterios intrínsecamente eficientes de Derecho Internacional Privado, que individualicen mejor el tribunal competente y el derecho aplicable más adecuado. Entre las diversas medidas que plantea el autor, destaca la promoción del principio de la autonomía de la voluntad.

En este contexto es donde adquiere una gran relevancia la mediación internacional⁵¹, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, aumentando la seguridad jurídica, y evitando situaciones en las que la ley aplicable resulte poco previsible para las partes o en las que no haya vínculos estrechos con el conflicto que justifiquen tal conexión con unos determinados tribunales. Además, debido a los elevados costes que supone entablar un litigio internacional, hay personas, y más en el momento de crisis actual en que nos encontramos, que no se lo pueden permitir, por lo que van a ver restringido su derecho a la tutela judicial efectiva⁵². La mediación internacional permitiría en estos supuestos ejercitarlo plenamente, permitiendo a las partes obtener una solución sin la necesidad de afrontar tantos costes procesales.

Por todo lo expuesto hasta el momento, y por las ventajas que proporciona la mediación internacional, los MARC ha devenido fundamentales con la mundialización

⁵⁰ Emplea tal principio desde una perspectiva internacional privatista, es decir, que se utilicen “reglas y fórmulas que permitan al Derecho Internacional Privado introducir una idea de orden jurídico justo en las situaciones privadas internacionales pero que supongan la reducción del coste internacional incrementado que el DIPr. comporta para los particulares implicados en las situaciones privadas internacionales producto de la globalización”, en CARRASCOSA GONZÁLEZ J. Conflicto de leyes y Teoría Económica, Colex, Madrid 2011; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI” en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 22, 2004, p. 41.

⁵¹ Véase en esta línea el análisis de ESPLUGUES-MOTA, C. “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 136, 2013, p. 165-199, especialmente p. 165-171.

⁵² Derecho que en el ámbito europeo se reconoce en el art. 67.4 TFUE, en el art. 6.1. Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y al que nuestro texto constitucional concede el rango de “fundamental” en el art. 24.1

de la sociedad que hemos presenciado en los últimos tiempos. Es por ello que se debe prestar mucha atención a su regulación y a los posibles conflictos que se pueden plantear en la práctica.

2. CONCEPTO DE MEDIACIÓN INTERNACIONAL

Para comenzar el análisis de la mediación internacional, hay que establecer en primer lugar qué entendemos exactamente como tal. Así, dentro de este concepto se incluye todo tipo de mediación que presente cualquier elemento heterogéneo o internacional, esto es, cualquiera que suponga contacto con otro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, para que una mediación revista carácter internacional, basta con que presente conexiones con dos o más Estados⁵³. La vinculación de estos elementos con otro ordenamiento jurídico puede ser más estrecha o menos, pero en cualquier caso se trataría de una mediación internacional, sin perjuicio de que posteriormente tal vinculación sea tenida en consideración por la normativa aplicable al respecto, o no.

Los elementos heterogéneos pueden ser muy diversos. Así por ejemplo, la Directiva 2008/52 habla del domicilio o residencia habitual de las partes⁵⁴, y algunos estudios elaborados en el marco de la Conferencia de la Haya⁵⁵, siguiendo en la línea de la Directiva, entienden que la mediación será internacional cuando las partes residan en territorios diferentes y pretenden que su acuerdo se reconozca y ejecute en ambos, aunque la mediación en sí misma se realice en el marco legal de uno solo de los Estados; o cuando en las mismas circunstancias, la mediación no sigue las disposiciones legales de ninguno de los Estados involucrados, sino un sistema internacional construido a tal efecto. Ello nos permite observar que la conexión que más frecuentemente se emplea para establecer cuándo se trata de una mediación internacional, es el domicilio o residencia de las partes.

⁵³ Véase DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p. 276 y 280 y siguientes.

⁵⁴ Como ya veremos en el apartado siguiente, este es el único elemento heterogéneo que tiene en cuenta para determinar el carácter transfronterizo de la mediación.

⁵⁵ Véase el Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale- réponses au questionnaire, marzo de 2008, elaborado por el Bureau Permanent de la Conferencia de la Haya, p. 21-30, disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd10_2008.pdf; o el Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale del Bureau Permanent, marzo de 2007, p. 16, disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd20e2007.pdf

No obstante, el carácter internacional de una mediación puede provenir de la existencia de muchos otros elementos, más allá del domicilio o residencia habitual de las partes. Como muestra de la variedad de elementos heterogéneos que pueden surgir en el contexto de una mediación, en la línea de lo analizado por DIAGO DIAGO, P. se puede enumerar, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: la nacionalidad de las partes⁵⁶; la distinta nacionalidad, residencia habitual o domicilio del mediador, o de la institución de mediación; el lugar en que se firme el acuerdo de mediación; el lugar en que tal acuerdo deba ejecutarse; en el supuesto de que la mediación afecte a bienes inmuebles, la localización de éstos; o el hecho de que la ley aplicable a la relación respecto de la que surge el conflicto, sea diferente a aquella conforme a la que se desarrolla la mediación.

Además, debemos tener presente que este tipo de situaciones en la práctica no son estáticas, por lo que si bien puede ocurrir que los elementos heterogéneos estén presentes desde el inicio del procedimiento de mediación, hasta el final; también es posible que una mediación en principio interna, devenga internacional a lo largo del desarrollo del proceso; o al revés, que los elementos heterogéneos iniciales desaparezcan, y por lo tanto la mediación pase a ser interna.

Finalmente, conviene hacer hincapié en la idea de que aunque una mediación contenga elementos heterogéneos, y por lo tanto, revista carácter internacional, habrá que atender en todo caso a la relevancia que el legislador de la Unión Europea y, en su caso, el legislador español, den a los elementos heterogéneos a la hora de conocer cuál es el Derecho aplicable.

3. MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA

Tras haber establecido claramente cuándo nos encontramos ante una mediación internacional, es conveniente delimitar el concepto de “mediación transfronteriza”. Pese a que en ocasiones se tiende a confundirlas, o a utilizar indistintamente ambos

⁵⁶ Así por ejemplo, NGABONZIZA, D. "La médiation dans les disputes familiales internationales. Le rôle futur des conventions de la Haye", en DETRICK, S. y VLAARDINGERBROEK, P. (Eds.) *Globalization of Child Law. The role of the Hague Conventions*, La Haya, Martinus Nijhoff 1999 p. 65 a 75, en su página 68 define como mediación familiar internacional, “aquella que se aplica a parejas de nacionalidades diferentes, o vivan en jurisdicciones distintas”.

conceptos⁵⁷, éstos no se refieren al mismo tipo de mediación. Teniendo en cuenta esto, la mediación transfronteriza es aquella mediante la cual dos o más partes en un litigio transfronterizo intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución del mismo, con la ayuda de un mediador.

Partiendo de esta definición, se puede observar que el elemento clave es que nos encontremos ante un litigio transfronterizo⁵⁸. La Directiva 2008/52 establece, igual que ocurría con la noción de mediación, un concepto autónomo y propio de litigio transfronterizo, con independencia de lo que los diversos Derechos internos de los Estados miembros establezcan. Así, define como litigio transfronterizo “*aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes*”⁵⁹.

La primera observación a realizar es que el único elemento heterogéneo que tiene en cuenta la Directiva para establecer el carácter transfronterizo de un litigio, es el domicilio o la residencia de las partes en conflicto⁶⁰. Puede suceder que en un conflicto las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en el mismo Estado, pero haya otros elementos heterogéneos⁶¹. Si ante un supuesto de estas características las partes decidieran llevar a cabo una mediación, ésta no revestiría carácter transfronterizo, puesto que el legislador europeo ha considerado que los únicos elementos que tienen la suficiente relevancia para hacer que un litigio se califique como transfronterizo son el domicilio y la residencia de las partes. No obstante, de acuerdo con lo expuesto en el

⁵⁷ Así por ejemplo, REQUEJO ISIDRO, M. "Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género" en CASTILLEJO MANZANARES, R, (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 2011, p. 661 a 700, no delimita claramente qué se entiende por mediación transnacional, y qué se entiende por mediación internacional, afirmando que la mediación sobre conflictos transfronterizos también es “*llamada a veces internacional*”, lo cual puede llevar a confusiones.

⁵⁸ Véase sobre la mediación en litigios transfronterizos ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 136, 2013, p. 165-199, especialmente p. 174-181; YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 23, junio 2012, p. 1-26, especialmente p. 10-13.

⁵⁹ Véase el artículo 2.1 de la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁶⁰ En el artículo 2.3. se establece que a estos efectos el domicilio y la residencia habitual se determinarán de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) 44/2001.

⁶¹ Por ejemplo puede ocurrir que la nacionalidad de las partes sea distinta; que el mediador tenga distinta nacionalidad, residencia habitual o domicilio que los de las partes; que el lugar en que se firme el acuerdo de mediación y/o el lugar en que tal acuerdo deba ejecutarse sea otro Estado; o el hecho de que la ley aplicable a la relación respecto de la que surge el conflicto, sea diferente a aquella conforme a la que se desarrolla la mediación.

epígrafe anterior, sí que se trataría de una mediación internacional, puesto que para ello es suficiente con que presente cualquier elemento heterogéneo.

De todo lo anterior, podemos concluir que “mediación internacional” es una noción mucho más amplia que la de “mediación transfronteriza”, y que engloba ésta última. Así, toda mediación transfronteriza es mediación internacional, pero no toda mediación internacional es mediación transfronteriza, puesto que éste carácter le puede venir atribuido por diversos elementos heterogéneos distintos de la residencia habitual o el domicilio de las partes en conflicto⁶².

Parte de la doctrina⁶³ entiende que, si bien el criterio por el que ha optado la Directiva recoge los supuestos más frecuentes de mediación internacional, la catalogación de los litigios como transfronterizos, podría venir caracterizada por la presencia de un elemento extranjero en sentido más amplio. Con ello se lograría la inclusión en el concepto de litigio transfronterizo, y por lo tanto, de mediación transfronteriza, de muchos otros supuestos internacionales en los que intervienen diferentes elementos heterogéneos.

Continuando con la definición de litigio transfronterizo contenida en la Directiva, ésta fija el momento temporal en que una de las partes debe estar domiciliada o residir habitualmente en un Estado miembro distinto de las demás. Así, para que un litigio sea considerado transfronterizo, tal circunstancia debe concurrir en la fecha en que⁶⁴:

- a) *las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o*
- b) *un tribunal dicte la mediación,*

⁶² Tal y como establece DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, concretamente p. 281 “*cualquier elemento que suponga el contacto con otro ordenamiento jurídico, es idóneo para hacer surgir la internacionalidad del proceso, pero puede no serlo para activar la normativa dedicada a la mediación transfronteriza*”.

⁶³ Véase en este sentido YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 23, junio 2012, p. 1-26, especialmente p. 12; PALAO MORENO, G. "La mediación familiar internacional" en LLOPIS GINER, J.M. (Coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003, p. 64; y DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, concretamente p. 283.

⁶⁴ Véase el artículo 2.1 de la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

- c) *sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o*
- d) *a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes.*

Además, el considerando 15 de la Directiva introduce una medida que tiende a aumentar la seguridad jurídica y evitar problemas en la determinación de la fecha en que las partes han recurrido a la mediación. Por ello, se establece que a falta de acuerdo escrito, será la fecha en que las partes tomen medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación, cuando se considerará que han recurrido a la mediación.

Cabe destacar en este punto que la Directiva, al fijar el momento en que el elemento heterogéneo debe darse, tampoco está recogiendo aquellos supuestos en que el mismo aparece con posterioridad a la fecha establecida. Por ejemplo, puede suceder que las partes en un conflicto, ambas con residencia habitual y domicilio en el mismo Estado, comiencen un procedimiento de mediación, y sea en el transcurso del mismo cuando una de ellas decide trasladar su residencia habitual a otro Estado. Este supuesto, tampoco estaría incluido en el concepto de mediación transfronteriza.

Finalmente, la Directiva establece que *“también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c)”*⁶⁵. La finalidad de tal precepto es preservar la confidencialidad de la mediación y garantizar que las partes no se van a ver privadas de iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.

Pese a que el concepto de “litigio transfronterizo” que proporciona la Directiva, es un concepto autónomo y propio de Derecho Internacional Privado, el legislador español también lo define, y lo hace con algunas diferencias. Así, la Ley de mediación española 5/2012 establece que *“un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o*

⁶⁵ Véase el artículo 2.2. de la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

*resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto*⁶⁶.

Como se puede observar, la primera parte del precepto es muy similar a lo que establece la Directiva, salvo con pequeñas distinciones⁶⁷. Así, los elementos heterogéneos que recoge son igualmente el domicilio y la residencia habitual, pero a la hora de fijar el momento en que hay que tenerlos en cuenta, la Directiva establece cuatro, y la Ley de mediación únicamente dos de ellos.

Es en la segunda parte del artículo donde encontramos la principal diferencia con la noción dada por la Directiva, y es que la Ley de mediación incluye un supuesto adicional en el cual un conflicto será transfronterizo. Este nuevo supuesto se refiere a los conflictos en que tras la celebración de la mediación, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o alguna de sus consecuencias se tengan que ejecutar en un Estado distinto.

Esta novedad no la recogía el Real Decreto Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por el cual se incorporó la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico interno. Su razón de ser se encuentra en una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia⁶⁸, en la que se proponía la inclusión del citado supuesto. La finalidad de la misma era que la ley contemplara la previsión contenida en el artículo 2.2. de la Directiva⁶⁹, englobando de esta manera “*los traslados*

⁶⁶ Véase el artículo 3.1. de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁶⁷ Analiza estas diferencias entre las definiciones de ambas normativas ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 136, 2013, p. 165-199, concretamente p. 177-181. Así, él detecta cuatro diferencias en la Ley 5/2012: 1. Se elimina la referencia a “Estado miembro” presente en la Directiva. 2. Se incorpora una referencia global a la decisión de las partes de hacer uso de la mediación, desvinculándolo del momento concreto en que se inicia el litigio, se produce la remisión a la mediación, o se formula la invitación a someterse a mediación. 3. Una de las fechas a las que hay que atender al establecer el carácter transfronterizo o no del litigio, es la obligatoriedad de acudir a la mediación. En relación con ello, mientras que la Directiva establece que dicha obligatoriedad sea conforme “a la ley nacional”, la Ley 5/2012 se refiere a “la ley que resulte aplicable”. 4. La Ley española recoge un cuarto supuesto en que un litigio será transfronterizo, que la Directiva no recoge.

⁶⁸ Información disponible en la página web del Congreso de los Diputados, en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000005*.NDOC.%29 Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Número 6-7, 24 de mayo de 2012.

⁶⁹ Como ya hemos visto, establece que “*no obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que*

de domicilios sobrevenidos cuando existe cláusula de sometimiento, o un acuerdo de mediación que se ha de ejecutar". Tal y como pone de manifiesto ESPLUGUES MOTA, C.⁷⁰, el resultado final no refleja adecuadamente lo que dispone la Directiva, puesto que la atribución del carácter transfronterizo se hace con carácter general, mientras que en la Directiva únicamente lo era a efectos de la confidencialidad, y de la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción. Además se articula sobre unas reglas de atribución de la condición de transnacionalidad diferentes a las de la Directiva, al bastar con que los pactos "se pretendan ejecutar" en otro Estado.

No obstante, hay que volver a insistir en que la noción de litigio transfronterizo que recoge la Directiva, es una noción autónoma y propia de Derecho Internacional Privado. Por lo tanto, habrá que atender a ella, con independencia de las particularidades que puedan existir en las diferentes legislaciones internas.

4. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL)

En el ámbito de las Naciones Unidas, tiene especial relevancia la Ley Modelo⁷¹ de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre conciliación comercial internacional, del año 2002. Ésta se aplica a la conciliación comercial internacional, y entre sus principios informadores se encuentra la promoción de la conciliación como método de resolución de conflictos⁷². Así, trata de prever soluciones jurídicas internacionales armonizadas para facilitar una conciliación que respete la integridad del proceso, y promover la participación activa de las partes y su autonomía.

La conciliación es definida como "*todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las*

se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado I, letras a), b) o c)"

⁷⁰ ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 136, 2013, p. 165-199, concretamente p. 179-181.

⁷¹ Una Ley Modelo es un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna, por lo que no es un texto vinculante, ni dispone de signatarios.

⁷² Véase NACIONES UNIDAS, *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, 2002, p. 9-58, "*las diversas expresiones parecen más variantes lingüísticas que rasgos singulares del método empleado*", p. 27.

*partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”*⁷³. Como ya analizamos en el capítulo introductorio, la definición de conciliación es tan amplia que no permite establecer diferencias con un procedimiento de mediación⁷⁴. Así, ambos se caracterizan por el sometimiento de las partes a un tercero, con la finalidad de arreglar el conflicto de forma amistosa, de tal manera que aquel no les pueda imponer una solución.

La Ley Modelo también establece los supuestos en que una conciliación es considerada internacional, que será cuando⁷⁵:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:

i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

ii) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

Como se puede observar, nos encontramos con un concepto de internacionalidad más amplio que el de transnacionalidad que recoge la Directiva. Así, no sólo será internacional la conciliación entre dos partes que tengan sus establecimientos en diferentes Estados, sino que también lo será aquella en que, aunque las partes tengan sus establecimientos en el mismo Estado, parte de las obligaciones derivadas de la relación comercial deban cumplirse en otro Estado distinto. También lo será la conciliación en la que aunque los establecimientos de las partes no se encuentren en Estados diferentes, haya otro Estado que por cualquier otra razón, esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.

⁷³ Véase el artículo 1.3. de la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre conciliación comercial internacional.

⁷⁴ Tal y como establece NACIONES UNIDAS, *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, 2002, p. 9-58, “las diversas expresiones parecen más variantes lingüísticas que rasgos singulares del método empleado”, p. 11.

⁷⁵ Véase el artículo 1.4. de la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre conciliación comercial internacional.

Por lo tanto, más allá del establecimiento de las partes como elemento heterogéneo que hace surgir el carácter de internacional de la conciliación, la Ley Modelo incorpora otros elementos que pueden surgir con frecuencia en una relación comercial internacional. Con ello, se logra incluir varios supuestos de internacionalidad que, si únicamente se tuviera en consideración el establecimiento de las partes, quedarían fuera de la aplicación de la Ley Modelo.

Es especialmente amplia e interesante la conexión de cierre que hace referencia al Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia. Se trata de un punto de conexión que cada vez se utiliza más en el ámbito del Derecho Internacional Privado⁷⁶, y que permite una flexibilización de las normas, y una mejor adaptación de las mismas al caso concreto. Con ella se pone de manifiesto que lo que trata de lograr la Ley Modelo es su aplicación al mayor número de supuestos posibles. Ello lo consigue otorgando la condición de conciliación internacional, a toda aquella que presente vínculos estrechos con elementos heterogéneos distintos del establecimiento de las partes en distintos Estados.

Además, ello se refleja también en que se incluye la posibilidad de que las partes convengan que se trate de una conciliación internacional, o que la Ley Modelo sea aplicable⁷⁷.

⁷⁶ Basta como ejemplo observar que es una conexión empleada por el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), en su artículo 4.3.; y en el Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), en su artículo 4.3.

⁷⁷ Véase el artículo 1.6. de la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre conciliación comercial internacional.

III. INTERÉS DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA MEDIACIÓN

La Unión Europea ha demostrado tener un interés renovado en la promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y especialmente, de la mediación. Dicho interés se ve reflejado en que los MARC representan una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea, las cuales deben promover estos mecanismos alternativos, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo, y esforzarse por garantizar su calidad⁷⁸. Este interés y esta prioridad política, han culminado con la elaboración de la Directiva 2008/52/CE, dedicada íntegramente a la mediación en asuntos civiles y mercantiles. No obstante, el proceso hasta llegar a ella ha sido largo, prolongándose durante varios años. Es por ello que resulta conveniente hacer un recorrido sobre los principales hitos que nos han llevado hasta la situación actual, para finalizar el estudio analizando el contenido de la Directiva.

1. ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Uno de los principales logros de la Unión Europea ha sido la consagración de un mercado único carente de fronteras interiores, por el cual circulan libremente personas, bienes, servicios y capitales. Para lograr este mercado interior hubo que derribar multitud de barreras, de índole técnica, jurídica y burocrática, que suponían un obstáculo al libre comercio y a la libre circulación entre los países de la UE. Finalmente, esto se logró tras una serie de reformas en el año 1993⁷⁹.

Como consecuencia de la consecución de este mercado único, surgió la necesidad de constituir, en el seno de la UE, un espacio de libertad, seguridad y justicia. Así, el Tratado de Ámsterdam de 1997, es el primero que menciona expresamente la consecución de tal espacio como uno de los objetivos de la Unión Europea⁸⁰. Entre las

⁷⁸ Véase el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión Europea, de 19 de abril de 2002, p. 5.

⁷⁹ Véase la página principal de la Unión Europea, concretamente el siguiente enlace: http://europa.eu/pol/singl/index_es.htm

⁸⁰ Así, modifica en primer lugar el considerando décimo del Tratado de la Unión Europea, sustituyéndolo por el siguiente texto: “*RESUELTOS a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado*”. Más adelante, modifica también el artículo B, incluyendo como uno de los objetivos de la UE “*mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté*

distintas acciones que conlleva la consolidación del espacio europeo, destaca el aseguramiento de la tutela judicial efectiva a todas las personas que se encuentren en Europa⁸¹. Hay que entender que este derecho de acceso a la justicia no únicamente abarca el acceso a la vía judicial, sino también los mecanismos extrajudiciales de solución de controversias⁸².

Con el propósito de optimizar lo establecido en el Tratado de Ámsterdam, el Consejo Europeo aprobó en Viena, el 3 de diciembre de 1998, un "Plan de Acción"⁸³ donde fija las líneas generales del nuevo espacio europeo. En lo que respecta a los MARC, el apartado 41 en su párrafo b) establece que "*estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales. A este respecto, sería conveniente pensar en la mediación como un medio de resolver los conflictos familiares*".

Poco después, el Consejo Europeo celebró en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, una sesión especial sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. En Tampere quedaron fijados los principales elementos sobre los que se sustenta la cooperación judicial civil y penal⁸⁴. Uno de los principales retos que se plantean es lograr que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros, no impidiera a personas y empresas ejercer sus derechos, o no las disuadiera de ejercerlos. Esto se traduce en conseguir que los ciudadanos de la UE puedan ejercer en toda la Unión su derecho a una tutela judicial efectiva⁸⁵ en los conflictos internacionales. Con esta finalidad de lograr un mejor acceso a la justicia en la UE concluyen, entre otras

garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia".

⁸¹ Véase ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 136, 2013, p. 165-199, p. 166

⁸² En este sentido, LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. "La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo" en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 27, 2012, p. 1-30, especialmente, p. 5.

⁸³ Publicado en el *Diario Oficial n° C 019 de 23/01/1999 p. 0001 – 0015*, y disponible en el siguiente enlace: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0123\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999Y0123(01):ES:HTML)

⁸⁴ Para un estudio más amplio véase el interesante trabajo de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea" en *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, p. 1867-1881, especialmente p.1871-1872.

⁸⁵ El acceso a la justicia es un derecho fundamental consagrado por el artículo 6 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. El derecho de recurso efectivo fue elevado por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al rango de principio general del Derecho comunitario, proclamado además por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También se reconoce en el art. 67.4 TFUE.

medidas, que los Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos.

La prioridad política que suponían los MARC para las instituciones de la UE se puso de manifiesto también en otros tres actos del Consejo Europeo⁸⁶. En primer lugar, en la cumbre europea de Lisboa de marzo de 2000, el Consejo Europeo invitó a la Comisión y al Consejo a *“reflexionar sobre los medios de promover la confianza de los consumidores en el correo electrónico, en particular, mediante nuevos sistemas de resolución de litigios”*. Posteriormente, en Santa María da Feira, los días 19 y 20 de junio de 2000, este objetivo se reafirmó con ocasión de la aprobación del Plan de acción eEurope 2002⁸⁷. Por último, en el ámbito de las relaciones laborales, el Consejo Europeo de Bruselas-Laeken de diciembre de 2001 insistió en *“la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales, y muy especialmente los conflictos sociales transnacionales, mediante mecanismos voluntarios de mediación”*.

Finalmente, el Consejo de la Unión Europea, en sus conclusiones de 29 de mayo del 2000, invitó a la Comisión a que elaborara un Libro Verde, o estudio legislativo preliminar, sobre los MARC. Así, la Comisión presentó en Bruselas, el día 19 de abril de 2002, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil.

2. EL LIBRO VERDE SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL

El Libro Verde⁸⁸ sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, es el precedente inmediato de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en

⁸⁶ Así lo pone de manifiesto el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión Europea, de 19 de abril de 2002, p. 10.

⁸⁷ Disponible en la página principal de la Unión Europea, concretamente en el siguiente enlace: http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/124226a_es.htm

⁸⁸ Tal y como explica YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional y Unión europea: últimos avances" en DI FILIPPO, M. (y otros) (coord), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008, p. 223 a 226, especialmente, p.225, el Libro Verde es un mecanismo muy utilizado en la elaboración normativa de la UE, que presenta a los operadores afectados según la materia de que se trate, una consulta pública sobre las principales cuestiones jurídicas que ofrece el instrumento que se pretende acometer, sirviendo los resultados obtenidos de base para la adopción de las oportunas medidas legislativas.

asuntos civiles y mercantiles, y posteriormente, de la Directiva 2008/52/CE⁸⁹. Como se ha podido observar, su elaboración no surge de modo repentino, sino que es la prolongación de todas las actividades ya mencionadas, llevadas a cabo por las instituciones de la Unión Europea.

Más allá de estas actividades, la Comisión Europea tuvo en consideración en la elaboración del Libro Verde, determinados trabajos sobre esta materia en ámbitos concretos⁹⁰, y algunos proyectos estatales. Además, también se tuvieron en cuenta otras iniciativas provenientes de organismos ajenos a la Unión Europea. Entre ellas, cabe destacar la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar⁹¹, aprobada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, el 21 de enero de 1998. En ella se recomendaba a los gobiernos de los Estados Miembros:

- instituir o promover la mediación familiar, o reforzar la mediación familiar existente;

- adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios allí establecidos para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares.

Partiendo de esta base, el Libro Verde tenía como objetivos recapitular la situación de los MARC en la Unión Europea, al tiempo que promover el análisis de los

⁸⁹ Véase sobre los precedentes de la Directiva en general, MARTÍN DIZ, F. "Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias" en *Diario La Ley*, N° 6480, 2006, especialmente p. 1-6; ANDRÉS CIURANA, B. "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 12, 2005, p. 60-69, especialmente 60-62; y MARZOCCO, A.M./NINO, M. "The EU Directive on mediation in civil and commercial matters and the principle of effective judicial protection" en *Lex ET Scientia International Journal*, N° XIX, vol. 2, 2012, p. 105-128, especialmente, p. 105-109.

⁹⁰ Por ejemplo, cabe destacar en materia de consumo las Recomendaciones de la Comisión de 30 de marzo de 1998 y de 4 de abril de 2001; la red extrajudicial europea "EEJ-Net"; o la red para la resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros "FIN-NET". En materia de derecho de familia se podría destacar el papel de fomento de los MARC que desarrolla el Reglamento Bruselas II bis. Finalmente, en materia laboral cabe resaltar el ya mencionado Consejo Europeo de Laeken, de los días 14 y 15 de diciembre de 2001.

⁹¹ En la Recomendación se hace referencia al importante hecho de que en los conflictos familiares, las relaciones entre las partes deben continuar en el tiempo, prestando especial atención a los derechos de los niños. En este sentido, se remite al art. 13 de la Convención de Europa sobre el ejercicio de los derechos de los niños, que hace referencia al uso de la mediación u otros MARC en los conflictos relativos a aquellos. Finalmente, establece unos principios que debe tener la mediación. Texto completo disponible en el siguiente enlace: <http://www.imedia-ucm.es/Links/Leyes/recomendacioneuropea.pdf>

problemas jurídicos que se plantean, con el fin de definir las directrices a adoptar en futuras iniciativas legislativas y operativas⁹².

Dentro de su ámbito de aplicación se incluyen los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, en el ámbito del derecho civil y mercantil⁹³, aplicados por un tercero imparcial. Ello lleva a que se excluya expresamente el arbitraje, y por el contrario se incluyan los MARC en el derecho laboral y del consumidor, con la salvedad de aquellas cuestiones relacionadas con derechos no disponibles por las partes.

Atendiendo ya al contenido del Libro Verde⁹⁴, lo primero que pone de manifiesto la Comisión son las diversas ventajas que desempeñan los MARC, los cuales no han de considerarse únicamente como un instrumento contra los problemas que plantea el recurso a los tribunales. También se hace hincapié en su utilidad como instrumento de paz social, y en la mejora del acceso a la justicia, especialmente en los conflictos transfronterizos⁹⁵. La Comisión, basándose en un cuestionario previo rellenado por los Estados miembros, enumera una serie de principios comunes a todos los procedimientos. Estos principios son: la voluntariedad de las partes para acceder y poner fin a un MARC, la autonomía para organizar el procedimiento, la imparcialidad y equidad del tercero, y la confidencialidad⁹⁶.

Pese a la observancia de estos principios comunes, el Libro Verde destaca algunas cuestiones en las que se puede plantear controversia. Así, tras considerar las iniciativas ya desarrolladas en materia de MARC, se resalta la necesidad de preservar la calidad de dichos mecanismos, sin que de ello se derive una disminución en la flexibilidad⁹⁷. Por lo tanto, se trata de buscar un equilibrio entre esa flexibilidad que

⁹² Véase Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, p. 5.

⁹³ Se incluyen todos los MARC dentro de este ámbito, de tal forma que incluyen aquellos que tienen lugar con ocasión de un proceso judicial, que son aplicados por el juez o confiados por este a un tercero; como aquellos a los que recurren las partes voluntariamente. También se incluyen todos los MARC con independencia del papel que desempeñe el tercero en la adopción de la solución por las partes.

⁹⁴ Véase al respecto ORTUÑO MUÑOZ, P. "El "Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil" de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas", en *Revista Iuris-La Ley*, N° 77, 2003, p. 42-48.

⁹⁵ Véase Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, p. 7-10.

⁹⁶ Véase Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, p.17.

⁹⁷ Sobre esta cuestión véase ORTUÑO MUÑOZ, J.P. "Perspectivas de regulación de la mediación en la Unión Europea" en *Trabajo Social hoy*, Número extraordinario 1, 2005, p. 73-84, especialmente p.75-76.

caracteriza a los MARC, y una posible futura normativa tendente a garantizar la calidad de los mismos⁹⁸. Finalmente, se ponen de relieve otros aspectos que pueden suscitar problemas, que hacen referencia a la relación entre los mecanismos alternativos y el acceso a la Justicia, las normas mínimas de calidad, y el estatuto de los terceros.

Con objeto de obtener respuestas a estas cuestiones, se realizó una amplia consulta, consistente en el planteamiento de 21 preguntas relativas a los elementos determinantes de las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos⁹⁹. Así por ejemplo, fueron objeto de consulta la cuestión de los acuerdos de sumisión a la mediación en caso de conflicto, el problema de los plazos de prescripción y caducidad, la exigencia de confidencialidad, la validez del consentimiento, la eficacia de los acuerdos resultantes de estos procesos y su ejecución, la formación de los mediadores y otras terceras partes, y su acreditación y régimen de responsabilidad.

La Comisión recibió más de 160 respuestas¹⁰⁰ al Libro Verde. En términos generales tuvo una buena acogida, aun cuando han sido numerosas las discrepancias manifestadas en el contenido de las respuestas. Así, de ellas es difícil extraer cuál es la posición mayoritaria sobre una determinada cuestión. En lo referente a la adopción de legislación en materia de MARC por parte de la Unión Europea, mientras que algunos de los “encuestados” se oponían firmemente a la misma, otros argumentaban a favor de normas mínimas que garantizaran una mayor homogeneidad entre los Estados miembros. Dentro de éstos últimos hay quienes se decantan por una Recomendación, mientras que otros preferirían que se elaborara una Directiva, que podría ser complementada por la modificación de textos ya existentes, como el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000 (en adelante Reglamento Bruselas I).

Con todo, el Libro Verde resulta positivo en cuanto que permitió sentar unos principios comunes de los MARC en todos Estados, a la vez que favoreció el diálogo sobre las cuestiones controvertidas que se podían presentar en esta materia. Ello junto

⁹⁸ Véase Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, p. 25-26.

⁹⁹ Las 21 preguntas juntos con un resumen que sintetiza las diversas respuestas obtenidas por la Comisión, disponible en el siguiente link: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_en.pdf

¹⁰⁰ En el sumario de respuestas citado en la nota anterior, se hace referencia también a la proveniencia de las respuestas. Así, la Comisión recibió respuestas de: gobiernos de los Estados miembros y de terceros Estados, proveedores de MARC, círculos académicos, jueces, asociaciones de abogados y bufetes de abogados, cámaras de comercio, federaciones profesionales, empresas comerciales, y asociaciones de consumidores. También emitieron un dictamen el Comité Económico y Social Europeo, y el Parlamento Europeo.

con la información puesta de manifiesto, sirvió para definir qué medidas concretas adoptar en un futuro, lo que desembocó en la presentación, por la Comisión, de la Propuesta de Directiva en 2004.

3. CÓDIGO DE CONDUCTA EUROPEO PARA MEDIADORES

En julio de 2004, la Comisión organizó la elaboración de un Código de conducta europeo para mediadores, aprobado y adoptado por un gran número de expertos y organizaciones¹⁰¹. El Código de conducta¹⁰² recoge las garantías fundamentales del proceso de mediación, en lo que respecta a la figura del mediador. Al revestir tal forma jurídica, no es vinculante, sino que a él se pueden adherir voluntariamente los mediadores individuales o las organizaciones de mediación. Es aplicable a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y en él ya aparece una definición de mediación muy similar a la actual de la Directiva 2008/52¹⁰³.

Se trata de un Código con un contenido muy simple y breve, pero en el cual se recogen principios básicos de la mediación en lo que respecta a los mediadores. Algunos de estos principios ya los mencionaba el Libro Verde, y posteriormente los recogerá también la Directiva. Así, las principales garantías que establece el Código de conducta son las siguientes:

- los mediadores deberán estar formados adecuadamente, tanto en una vertiente teórica como práctica, y dicha formación tendrá que actualizarse¹⁰⁴.

- la independencia, neutralidad e imparcialidad de los mediadores. Es un principio fundamental en toda mediación. El Código de Conducta indica que los mediadores deberán de servir equitativamente a las partes, y comunicarles cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia o crear un conflicto de intereses. Se incluyen entre estas circunstancias cualquier relación personal o profesional con alguna

¹⁰¹ Véase SOLETO MUÑOZ, H. "La mediación en la Unión Europea" en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p. 185-203, especialmente p. 187-188.

¹⁰² Texto íntegro del Código de conducta europeo para mediadores, de 2 de julio de 2004, disponible en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

¹⁰³ Define la mediación como *cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en lo sucesivo, "el mediador"*.

¹⁰⁴ Véase al respecto la Orden de 16 de mayo de 2013, por la que se establecen los contenidos mínimos de la formación específica de las personas mediadoras, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de 22 de mayo de 2013.

de las partes, todo tipo de interés, directo o indirecto, en el resultado de la mediación, y que el mediador, o alguien de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de alguna de las partes en cualquier circunstancia, a excepción de la mediación.

- la confidencialidad de los mediadores sobre toda información derivada de la mediación, o relativa a la misma. Esta confidencialidad se extiende a la mera existencia de la mediación, y a la información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las con respecto a las otras. Todo ello, salvo disposición legal en contrario, o motivos de orden público.

Además de estas principales garantías, en el Código de conducta se abordan otros asuntos como la designación de los mediadores, los honorarios, la promoción de los servicios de mediación, y el modo en que el mediador ha de conducir el procedimiento, incluyendo la finalización del mismo¹⁰⁵.

4. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 22 DE OCTUBRE DE 2004

Como continuación de los trabajos citados con anterioridad, la Comisión Europea presentó el 22 de octubre de 2004 la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁰⁶. Se trata de un instrumento heredero de las políticas de desarrollo del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, y de promoción de los MARC, acometidas, como se ha visto, a partir de los Consejos Europeos de Viena y de Tampere. Con el fin de establecer dicho espacio europeo, el Consejo debía adoptar ciertas medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Tales medidas comprendían aquellas dirigidas a lograr una mejora y simplificación del reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales¹⁰⁷. Su finalidad es tratar de evitar situaciones jurídicas claudicantes,

¹⁰⁵ Sobre el contenido del Código europeo de conducta para mediadores, y su incidencia en la propuesta de Directiva de 22 de octubre de 2004, véase MARTÍN DIZ, F. "Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias" en *Diario La Ley*, N° 6480, 2006, especialmente p. 23-25.

¹⁰⁶ Véase el texto íntegro de la Propuesta de Directiva (COM (2004) 718 final) en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:ES:PDF>

¹⁰⁷ En lo que respecta a la cooperación judicial civil en relación con el tema que nos ocupa, véase MARZOCCO, A.M./NINO, M. "The EU Directive on mediation in civil and commercial matters and the principle of effective judicial protection" en *Lex ET Scientia International Journal*, N° XIX, vol. 2, 2012, p. 105-128, especialmente p.106-107.

generadas por la emisión de una resolución o acuerdo en un Estado, donde es válido y vinculante, pero que con el traspaso de las fronteras pierde ambas cualidades.

Al encajar los objetivos perseguidos en este desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, y concretamente en el ámbito de cooperación judicial civil, la base jurídica en la que se fundamenta la propuesta de Directiva son los artículos 61.c, 67.5 segundo guión, y 65 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)¹⁰⁸.

En este marco, la propuesta de Directiva presenta la mediación como una *cantera sin explotar como método de resolución de conflictos*, y supone un nuevo impulso en aras de potenciar el papel que desempeña aquella en los sistemas de justicia de los Estados miembros.

No obstante, la Directiva propuesta no supone una regulación unitaria y sistemática de la mediación, sino que únicamente se ocupa de algunos problemas puntuales. Básicamente, se refiere a aquellos vinculados con la relación entre la mediación y el proceso civil, como son la remisión de la mediación por los órganos jurisdiccionales, la ejecución de los acuerdos alcanzados, la admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles, y la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción. Por contra, no se abordan otras cuestiones también relevantes, como son las relativas al proceso de mediación o a la designación o acreditación de mediadores, sino que su regulación queda en manos de cada Estado.

Ello es debido principalmente a que de las respuestas recibidas al Libro Verde, no se podía extraer que la legislación fuera la opción política preferida para este tipo de cuestiones¹⁰⁹. Además, habiéndose producido importantes avances de los Estados miembros en materia de MARC, resultaba fundamental respetar el marco jurídico de los mismos, y no socavar lo que ya se había logrado a nivel nacional. Así, en lo referente al proceso de mediación y designación o acreditación de mediadores, muchas de las respuestas obtenidas entendían que no estaba justificada una legislación al

¹⁰⁸ El art. 65 TCE fue sustituido posteriormente por el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este artículo, entre otros cambios, introduce el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución. Además, en relación con el tema que nos ocupa, establece expresamente que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar una tutela judicial efectiva, y el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios (apartados e) y g) respectivamente del párrafo 2, del artículo 81).

¹⁰⁹ Así se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva, p. 2.

respecto¹¹⁰. En consonancia con estas posturas, la Comisión decidió excluir de la propuesta de Directiva tales disposiciones, fomentando las iniciativas autorreguladoras.

4.1. Objetivos

Siguiendo las pautas marcadas por el Libro Verde, el principal objetivo de la Directiva propuesta es asegurar un mejor acceso a la justicia¹¹¹ y promover el recurso a la mediación. Para ello, se establecen disposiciones destinadas a asegurar una relación dinámica entre la mediación y el proceso civil, y a proporcionar las herramientas necesarias para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan el uso de la mediación.

Tal y como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva, la interacción entre la mediación y el proceso civil tradicional se puede producir en diversas ocasiones¹¹². Ello deriva en que una dinámica relación entre la mediación y el proceso civil resulta indispensable a la hora de aumentar la seguridad jurídica de las partes en conflicto y evitar incertidumbres derivadas de la ausencia de disposiciones procesales nacionales o a sus discrepancias. De nuevo nos encontramos con que estas incertidumbres son más acusadas en los supuestos transfronterizos. Así, la Directiva propuesta trata de establecer el necesario marco jurídico estable y fiable para poner fin a tales incertidumbres y lograr que la mediación se encuentre realmente en igualdad con el proceso judicial.

Finalmente, cabe resaltar el valor propio que posee la mediación como método de resolución de conflictos, en el que hace hincapié la propuesta. Aunque el aumento del recurso a la mediación posiblemente provocaría una descarga de asuntos de los tribunales, éste es un beneficio consecuencia de la misma, no es un objetivo independiente a perseguir. En esta línea, la Comisión considera que la mediación, más

¹¹⁰ Véase el sumario de respuestas obtenidas por la Comisión, especialmente p. 1, 4 y 7.

¹¹¹ Destaca la propuesta de Directiva, en su Exposición de motivos, que el concepto de acceso a la justicia debe incluir no solo el acceso al sistema judicial, sino también el acceso a los procedimientos adecuados de resolución de litigios. Por lo tanto, como ya hemos expuesto al comienzo de este capítulo, el acceso a la justicia ha de entenderse de un modo amplio, comprendiendo en él tanto los métodos judiciales de resolución de controversias como los extrajudiciales.

¹¹² A modo de ejemplo se mencionan tres supuestos: si las partes consideran recurrir a la mediación inmediatamente después del surgimiento del conflicto, pero no alcanzan un acuerdo, y posteriormente se incoa el proceso civil; si se alcanza un acuerdo a través de mediación pero una de las partes lo incumple, y por lo tanto se incoa un proceso civil; o si las partes incoan inmediatamente tras el surgimiento de la disputa un proceso civil, sin haber considerado todavía la posibilidad de mediación.

que una alternativa a los procesos judiciales, ha de ser vista como uno de los diversos métodos de resolución de conflictos disponibles¹¹³. Se trata de lograr que ante una situación de controversia, los ciudadanos puedan decidir si desean solucionarla ante los tribunales, o a través de un proceso de mediación. Sin embargo, para que tal posibilidad sea real, es imprescindible establecer un marco jurídico fiable en que encuadrar la mediación, hecho que persigue la propuesta de Directiva.

4.2. Ámbito de aplicación

Esta propuesta de Directiva se aplica, desde un punto de vista territorial, a todos los Estados miembros, salvo Dinamarca¹¹⁴. Desde un punto de vista material, es aplicable a toda mediación sobre asuntos civiles y mercantiles¹¹⁵. Finalmente, atendiendo al ámbito temporal, la propuesta de Directiva entró en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

En primer lugar, hay que aclarar qué se incluye dentro del concepto de “mediación”. La Directiva propuesta, en su artículo 2.a) define lo que ha de entenderse como tal. Se trata de una definición muy amplia¹¹⁶, en la línea de lo que ya estableció el Código de conducta europeo para mediadores, y que posteriormente establecerá la Directiva de 2008. Ello permite que se aplique a cualquier tipo de mediación, con independencia de la terminología empleada, la finalidad de la mediación, el estilo de actuación del mediador, y de quién procede la iniciativa de recurrir a este sistema de resolución de conflictos¹¹⁷.

¹¹³ Véase ANDRÉS CIURANA, B. "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)" en *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, N° 12, 2005, p. 61.

¹¹⁴ Dinamarca no participa en la adopción de la Directiva propuesta, ni está vinculada a ella ni sujeta a su aplicación. Véase Considerando 18° y artículo 1.3. de la propuesta de Directiva.

¹¹⁵ El Considerando 8° excluye expresamente su aplicación a los procedimientos que tienen cierta naturaleza jurisdiccional, tales como el arbitraje, el recurso al Defensor del Pueblo, las denuncias de consumidores, la determinación por experto o procesos administrados por órganos que formulan una recomendación formal, jurídicamente vinculante o no, para resolver el conflicto.

¹¹⁶ Me remito en este punto a lo expuesto en el capítulo introductorio sobre el concepto de mediación, y al magnífico análisis de DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265-298, especialmente p. 277 y siguientes. También véase ÁLVAREZ MORENO, M.T. "La mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Poder Judicial*, N° 77, 2004, p. 243 a 304, especialmente p. 245-251.

¹¹⁷ El artículo 2 permite que el proceso de mediación sea *iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro*. Además el artículo 3 permite expresamente a los órganos jurisdiccionales que conozcan de un asunto, puedan

No obstante, la cuestión que más controversias suscitó, era si debía adoptarse una concepción monista o dualista. Esto es, si la propuesta de Directiva debía aplicarse tanto a las mediaciones transfronterizas como a las internas, o si únicamente debía ser aplicable a las mediaciones transfronterizas¹¹⁸.

En la Exposición de Motivos, la Comisión realiza un análisis de la situación, y concluye que la Directiva propuesta ha de aplicarse tanto a mediaciones internas como a transfronterizas. La fundamentación que sigue es que, si bien el impacto de los elementos transfronterizos es mayor en el contexto de los MARC que en el de un proceso civil de forma aislada; no se puede restringir el ámbito de la propuesta con el único fin de eliminar los obstáculos creados por los elementos transfronterizos, o de facilitar solamente la resolución de estos conflictos. Ello se sostiene principalmente en dos razones:

- Promover la mediación únicamente para los conflictos que presentan un elemento transfronterizo sería arbitrario. La pertinencia o no de acudir a un procedimiento de mediación no se mide únicamente por la existencia de elementos heterogéneos. Habrá que atender de igual modo al resto de circunstancias que rodean el caso como la naturaleza del conflicto, el fondo del asunto, las ventajas y desventajas que supondría acudir ante los tribunales etc. Si se produjera la restricción a las mediaciones con elementos transfronterizos, se estaría decidiendo de manera predeterminada que únicamente esas circunstancias, y no otras, determinan la conveniencia de acudir a un proceso de mediación.

- Podría introducir un riesgo de discriminación. Supondría la creación de dos regímenes jurídicos paralelos, en función de si la mediación era calificada como transnacional o como interna. Posiblemente también supondría la creación de normas distintas sobre prestación y recepción de servicios de mediación, lo que podría desembocar en que se produjeran efectos discriminatorios para usuarios y proveedores de servicios de mediación.

proponer a las partes el uso de la mediación, y respetan las legislaciones nacionales que prevean el uso obligatorio de la mediación, o la sujeta a incentivos o sanciones.

¹¹⁸ Al respecto véase DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265-298, especialmente p. 280-281. Como bien pone de manifiesto, aun cuando se optare por una concepción monista, habría que realizar ciertas adaptaciones que recojan las especificidades de las situaciones transfronterizas; y DIAGO DIAGO, P. "Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)" en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Estudios sobre la contratación internacional*, Colex 2006 p. 151 a 178, concretamente p. 161-162.

- Las partes podrían internacionalizar artificialmente la situación, con el fin de acogerse a las normas establecidas por la Directiva propuesta, dando lugar al fenómeno conocido en Derecho Internacional Privado como *forum Shopping*¹¹⁹.

Por lo tanto, la Comisión concluye que optar por una concepción dualista, de tal forma que la Directiva propuesta únicamente se aplicara a mediaciones transfronterizas, invalidaría los objetivos de la misma y sería contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado interior. De este modo, la Directiva en un principio se iba a aplicar a todas las situaciones con independencia de la existencia de elementos heterogéneos o no, lo que posteriormente se modificó.

Resulta relevante destacar también, cómo la Comisión establece que elementos transfronterizos pueden ser diversos factores más allá del domicilio de las partes. Incluye entre los mismos que la ley por la que se rige la relación legal o contractual original entre las partes, sea distinta de la ley que rige el acuerdo de acudir a mediación, o de la que rige el acuerdo que pone fin a la controversia¹²⁰. Además, prevé que dichos factores pueden cambiar, por lo que habría que tenerlos en cuenta tanto en el momento de la mediación como en cualquier otro procedimiento civil subsiguiente.

De nuevo podemos observar un cambio en la concepción recogida finalmente por la Directiva. Ésta únicamente incluye como mediación transfronteriza aquella en que una de las partes está domiciliada o reside en un Estado distinto del de las demás, fijando la fecha concreta en que tal circunstancia ha de concurrir. Así, se puede observar que la variedad de elementos heterogéneos recogidos por la propuesta de Directiva, es superior a los de la Directiva de 2008.

4.3. Contenido.

Tal y como se ha señalado anteriormente, el contenido de la propuesta de Directiva¹²¹ no regula de forma unitaria y sistemática la mediación, sino que a lo largo

¹¹⁹ Véase CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2013-2014, p.18-20.

¹²⁰ Véase la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva, p. 5. Además de estos elementos transfronterizos incluye también el lugar de mediación o el lugar del órgano jurisdiccional competente, o que el acuerdo que pone fin al conflicto tenga que ejecutarse en otro Estado.

¹²¹ Se ocupan del análisis del contenido de la propuesta de Directiva, entre otros, ÁLVAREZ MORENO, M.T. "La mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Poder Judicial*, Nº 77, 2004, p. 243 a 304; y ANDRÉS CIURANA, B. "La mediación civil y mercantil: una asignatura

de sus 11 artículos trata de dar respuesta a algunos problemas puntuales. Los mismos están vinculados con la promoción de la mediación, y la relación entre la misma y un proceso judicial. Fundamentalmente, se ocupa de la remisión de la mediación por los órganos jurisdiccionales, la ejecución de los acuerdos alcanzados, la admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles, y la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción.

En primer lugar, con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia, la propuesta de Directiva proporciona las herramientas necesarias para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan el uso de la mediación. Al respecto, el art. 3 faculta a los órganos jurisdiccionales a que propongan a las partes el uso de la mediación para solucionar un litigio, y para requerirles que asistan a una primera sesión informativa sobre el uso de la misma.

Las limitaciones que pesan sobre la Unión Europea a la hora de fomentar directamente la mediación y garantizar su calidad, dan lugar a que en la Directiva propuesta no se puedan incluir muchos más preceptos en este sentido. Así, lo único que se establece es un vago mandato a los Estados miembros sobre la promoción y fomentación del desarrollo y adhesión de códigos de conducta voluntarios, y de la formación de los mediadores¹²².

Una cuestión de vital importancia a la hora de decidir si desarrollar un procedimiento de mediación, o acudir a la vía jurisdiccional, es la ejecución de los acuerdos alcanzados que pongan fin al conflicto. Se trata de crear un marco jurídico seguro que permita la ejecución del acuerdo de forma similar a una resolución judicial, logrando de tal forma una equivalencia real entre el proceso judicial y la mediación. Ello desembocaría en el reconocimiento y ejecución del acuerdo alcanzado en toda la Unión, con arreglo a los instrumentos aplicables al respecto¹²³, en aras al desarrollo del espacio judicial europeo.

Con tal finalidad, la Directiva propuesta establece la obligación de los Estados miembros de asegurar que el acuerdo alcanzado tras una mediación pueda ser

pendiente en España. (A propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 12, 2005, p. 60-69

¹²² Véase el artículo 4 de la propuesta de Directiva, y el punto 1.1.3. de la Exposición de Motivos.

¹²³ Como ejemplos de estos instrumentos, en materia civil y mercantil el Reglamento 44/2001, de 12 de diciembre de 2001 (Bruselas I), o el Convenio de Lugano II, de 30 de octubre de 2007; o en materia matrimonial y de responsabilidad parental el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento Bruselas II bis).

confirmado¹²⁴, a petición de las partes, por un órgano jurisdiccional o entidad pública que haga ejecutorio el acuerdo de forma similar a una resolución judicial. Tal obligación cesa en el supuesto de que el acuerdo sea contrario al ordenamiento europeo, o al ordenamiento nacional del Estado miembro en que se formule la solicitud¹²⁵.

Finalmente, la Directiva propuesta se ocupa de dos aspectos esenciales relativos a la interacción entre un proceso judicial y una mediación. Pongámonos en el supuesto de que, con posterioridad a un proceso de mediación que no ha finalizado en acuerdo, las partes deciden acudir a un procedimiento jurisdiccional. O al revés, iniciado un proceso judicial, deciden someter su conflicto a una mediación. Al iniciar o reanudar un proceso judicial habiendo acudido con anterioridad a la mediación, se corre el riesgo de que en él se utilicen informaciones obtenidas durante ésta, o de que hayan transcurrido los plazos de caducidad y prescripción, y por lo tanto nuestra acción haya quedado extinta. Ambos riesgos suponen un gran desincentivo para el uso de la mediación, puesto que los ciudadanos no se van a exponer a que ello ocurra. Para evitarlo y promover una relación dinámica entre el proceso judicial y la mediación, la propuesta de Directiva incluye unas disposiciones tendentes a ello.

Por un lado, aunque no habla expresamente de “confidencialidad”, sí establece que ni el mediador ni las personas implicadas en la administración de los servicios de mediación, darán testimonio ni presentarán pruebas en procesos judiciales civiles sobre las informaciones relativas a un proceso de mediación¹²⁶. Si alguna información se presentara como prueba, contrariando tal precepto, se considerarán inadmisibles. No obstante, cabe su admisión en la medida requerida a efectos de la aplicación o ejecución

¹²⁴ La confirmación puede realizarse de un modo muy amplio, a través de resolución, sentencia, o instrumento auténtico o de cualquier otra forma.

¹²⁵ Véase el artículo 5 de la propuesta de Directiva, y los Considerandos 10º y 11º. Se trata de un aspecto fundamental para el éxito de la mediación, puesto que si el cumplimiento de tal acuerdo depende únicamente de la voluntad de las partes, puede ocurrir que una de ellas no lo cumpla y la otra se vea obligada a acudir a un proceso judicial con la finalidad de que el acuerdo se ejecute. De esta forma se produciría una paradoja, puesto que lo que se trata de evitar acudiendo a la mediación es un proceso jurisdiccional, proceso al que habría que acudir igualmente si esto fuera así. Al respecto YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional y Unión europea: últimos avances" en DI FILIPPO, M. (y otros) (coord), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008, p. 223 a 236, concretamente p. 231.

¹²⁶ El artículo 6 incluye dentro de estas informaciones *la propuesta de una parte de recurrir a la mediación, o su disposición a ello; las opiniones expresadas o sugerencias propuestas por una parte en una mediación relativas a una posible solución del conflicto; las declaraciones o confesiones hechas por una parte en el curso de la mediación; las propuestas del mediador; el hecho de que una parte hubiera manifestado su deseo de aceptar una propuesta de solución del mediador; y los documentos elaborados a los efectos de la mediación.*

de un acuerdo que pone fin a la mediación, por motivos de orden público, o si el mediador y las partes están de acuerdo en ello.

Es criticable que esta obligación de no dar testimonio ni presentar pruebas recaiga únicamente sobre el mediador, y no sobre todas las partes en la mediación. No obstante, nada impide que los Estados miembros, a la hora de transponer la Directiva a su derecho interno, la extiendan a todas las partes intervinientes¹²⁷. También resulta criticable que se establezca este deber, únicamente en relación con los procesos judiciales civiles. Sería interesante que se impusiera en cualquier proceso posterior, incluyendo los procesos judiciales civiles o mercantiles, y a los arbitrajes¹²⁸.

Por otro lado, se ocupa de los efectos de la mediación sobre las acciones judiciales disponibles, o sobre el procedimiento judicial ya incoado. De tal forma, establece que se suspenderá el transcurso de todo plazo de caducidad o prescripción relativo a la demanda objeto de la mediación¹²⁹. La suspensión se producirá a partir del momento en que, tras el surgimiento del conflicto, las partes acuerden recurrir a la mediación, el órgano jurisdiccional ordene recurrir a la misma, o sea obligatorio recurrir a ella según el Derecho nacional de un Estado miembro. Los plazos se reanudarán cuando la mediación termine sin lograrse acuerdo de solución, concretando tal momento en la fecha en que una o ambas partes o el mediador declaren terminada la mediación o se retiren efectivamente de ella.

En general, puede considerarse la propuesta de Directiva analizada como un importante avance en la regulación de la mediación. Sin abordar determinadas cuestiones con la rotundidad necesaria, debido a las limitaciones del legislador europeo ya comentadas, sí que establece un marco jurídico estable en que encajar la mediación. Tanto la ejecución de los acuerdos de mediación, como la suspensión de los plazos procesales y la confidencialidad, son piezas clave a garantizar para lograr la confianza de los ciudadanos a la hora de someterse a estos procedimientos y promover su empleo.

¹²⁷ Esta extensión la realiza, como veremos más adelante, nuestra Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 9.

¹²⁸ Como ya se verá, es la opción adoptada por la Directiva.

¹²⁹ Véase el artículo 7 de la propuesta de Directiva. El objetivo perseguido es que el hecho de haber acudido en un primer momento a la mediación, no impida posteriormente a las partes iniciar un procedimiento judicial, o un arbitraje, en relación con la demanda objeto de la mediación.

5. TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE

Para la adopción de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se siguió el procedimiento contenido en el artículo 251 del antiguo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹³⁰. Así, nos encontramos con que con la finalidad de adoptar la Directiva se emitieron, por un lado, un Dictamen del Parlamento Europeo, una posición común del Consejo, y una posición común del Parlamento; y por otro lado, un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, y una Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior.

5.1. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo

Tras la presentación por la Comisión de la propuesta de Directiva, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE) sobre la misma¹³¹. Como contestación a la consulta, el citado Comité aprobó un Dictamen a fecha de 9 de junio de 2005¹³². En él, se considera la iniciativa de la Comisión como un instrumento positivo tendente a lograr un aumento en el uso de la mediación y a aumentar la seguridad jurídica en la UE.

En primer lugar, en lo referente a la mediación transfronteriza, el CESE no se pronuncia acerca de si sería preferible la adopción de una normativa monista o dualista. No obstante, sí que destaca que aunque la propuesta de Directiva no va dirigida únicamente a la mediación en los conflictos transfronterizos, sería conveniente una especial formación de los mediadores en el derecho de la Unión Europea. Hace

¹³⁰ Dicho procedimiento consiste en que la Comisión presentará la propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo. El Parlamento Europeo elaborará un Dictamen con las enmiendas que estime necesarias. Si no presentara enmiendas, o las mismas fueran aprobadas en su totalidad por el Consejo, el mismo puede adoptar el acto propuesto. En los demás casos, el Consejo adoptará una posición común y la comunicará al Parlamento. Si el Parlamento la aprueba o no toma decisión alguna, el acto se entenderá adoptado, y si la rechaza no adoptado. Si propusiera enmiendas se transmitiría el texto al Consejo y a la Comisión, que emitirá un Dictamen sobre las mismas. En este punto, si el Consejo no aprobara todas las enmiendas, se convocará una reunión del Comité de Conciliación, donde Consejo y Parlamento Europeo tratarán de adoptar un texto conjunto que, de no ser aprobado, el acto propuesto se considerará no adoptado.

¹³¹ De conformidad con el artículo 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

¹³² Texto íntegro del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, disponible en el siguiente enlace:

http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=ces\int\int256\ces688-2005_ac.doc&language=ES

hincapié también en la necesidad de crear un marco jurídico que permita la libertad de este servicio en todos los Estados miembros¹³³.

Sobre el resto de materias, realiza algunas observaciones y propone ciertas modificaciones. Entre las observaciones, advierte que no hay que confundir la mediación con los procedimientos de conciliación previos a un procedimiento judicial en que las partes y sus abogados, con la tutela del juez, tratan de llegar a un acuerdo para desistir del procedimiento. Entre las propuestas realizadas, se puede destacar la relativa a la aclaración de qué comprende la expresión “asuntos civiles y mercantiles”, debiéndose incluir en la misma las materias civiles y mercantiles derivadas de otras, como las derivadas de la materia fiscal, administrativa e, incluso, penales. También considera que deberían establecerse disposiciones relativas a los costes; y unos requisitos mínimos exigibles a los mediadores, que garanticen en todo caso su profesionalidad, independencia e imparcialidad, y una transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.

5.2. Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior e Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos

Poco después de la emisión del Dictamen del CESE, el 26 de junio de 2005, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior¹³⁴ emitió una Opinión a la propuesta de Directiva de 2004¹³⁵. La principal novedad que se puede observar en esta Opinión, es la proposición expresa de que la Directiva sea aplicable únicamente a los asuntos transfronterizos.

La adopción de esta posición a favor de una normativa monista, se fundamenta en el objetivo de evitar que se obstaculice el desarrollo de la mediación como alternativa a los procedimientos judiciales en los Estados miembros. Asimismo, el ponente considera que los argumentos de la Comisión no justifican una Directiva sobre la mediación, y que ésta limitaría el desarrollo de una alternativa a los procedimientos judiciales en los distintos Estados.

¹³³ Véase el punto 3.3. del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo.

¹³⁴ Comisión permanente del Parlamento Europeo, igual que la comisión de Asuntos Jurídicos.

¹³⁵ Texto íntegro de la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, en el siguiente enlace: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0074&language=ES#title3>

Además de este cambio, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior solicita a la Comisión de Asuntos Jurídicos, competente para el fondo, que incorpore en su informe 7 enmiendas a la Directiva propuesta. Varias de ellas ponen de manifiesto la importancia de la voluntariedad en el proceso de mediación¹³⁶. Para esta comisión parlamentaria, la nota característica de la mediación es el acuerdo voluntario de las dos partes en someter su conflicto a este mecanismo, por lo que debe aparecer precisado en el texto normativo. Finalmente, resulta relevante una de las enmiendas, que introduce expresamente el término “confidencialidad” del proceso de mediación¹³⁷. La propuesta de Directiva no empleaba dicho término, sino que hablaba de “admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles”.

Así, tras la elaboración de la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, la Comisión de Asuntos Jurídicos presenta un Informe al Parlamento Europeo, que consta de 34 enmiendas a la propuesta de la Comisión¹³⁸. En este Informe no se incorporan literalmente las enmiendas propuestas en la Opinión recién analizada. Sin embargo, sí que se comparte el espíritu de la misma al incorporar los tres grandes cambios que en ella se propugnaban: la aplicación de la Directiva únicamente a los procesos de mediación transfronterizos, la incorporación del principio de confidencialidad, y la importancia de la voluntariedad en la mediación.

Como muestra del debate que se abrió en torno a si la Directiva debía ser monista o dualista, considero interesante referirme a la Exposición de Motivos del Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos. En ella, la ponente explica que la causa que ha llevado a limitar el ámbito de aplicación de la Directiva a los supuestos transfronterizos, ha sido la postura de la mayoría de los Estados miembros en el Consejo. Éstos alegan que, en virtud del artículo 65 del Tratado CE, las medidas destinadas a “*eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles*” deben tener “*repercusión transfronteriza*” y han de adoptarse en la medida

¹³⁶ En la justificación de la enmienda 2 (al artículo 1 apartado 1 de la propuesta) se establece que “*la característica específica de la mediación es el acuerdo voluntario de las dos partes*”. La justificación de la enmienda 3 (al artículo 2, letra a), punto 1), en la misma línea que la anterior, señala que “*para el procedimiento de mediación es necesario el acuerdo entre las partes. Se trata de una condición esencial para su éxito*”.

¹³⁷ Lo introduce la enmienda 6 (al título del artículo 6). En su justificación se establece que “*este artículo debe hacer hincapié en la confidencialidad de un proceso de mediación*”

¹³⁸ Texto íntegro del Informe disponible en el mismo enlace que la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior.

“necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”¹³⁹. Sin embargo, su opinión difiere totalmente de esta postura, afirmando literalmente que “confía en que finalmente prevalezca el sentido común en el Consejo en relación con los beneficios de la mediación y las disposiciones de la Directiva se apliquen también en los Estados miembros para situaciones puramente internas”

En cuanto al contenido del Informe, éste es casi íntegramente asumido por el Dictamen del Parlamento. Esta institución europea, junto con la Comisión y el Consejo, tras mantener contactos informales, llegaron a un acuerdo sobre las enmiendas presentadas en el Informe. De esta forma, las tres instituciones aceptaron 33 de las 34 enmiendas¹⁴⁰, modificando alguna de ellas sutilmente. El Informe que contenía las 33 enmiendas, en los términos aceptados por las tres instituciones europeas, se sometió en el Parlamento Europeo a una votación única sin debate. El resultado de tal votación dio lugar a la aprobación de las 33 enmiendas propuestas, que son las que se recogen en el Dictamen del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007.

5.3. Dictamen del Parlamento Europeo

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 TCE, tras la presentación de la propuesta de Directiva por parte de la Comisión, el Parlamento elaboró un Dictamen¹⁴¹, a fecha de 29 de marzo de 2007. El Dictamen consta de 33 enmiendas, las cuales introducen modificaciones al texto propuesto por la Comisión. Entre estas modificaciones destacan las relativas al ámbito de aplicación y la mediación transfronteriza, la confidencialidad, y la mediación familiar.

Tal y como se establecía en el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos, la Directiva adopta una concepción monista, aplicándose únicamente a los asuntos

¹³⁹ Realmente, tras esta opinión estaba el temor de ciertos Estados miembros de que a la larga se produjera una alteración de sus sistemas procesales internos con respecto, incluso, a aquellas controversias que carecen de elemento transfronterizo alguno. Al respecto véase YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 23, junio 2012, concretamente p. 7-8.

¹⁴⁰ La única enmienda que no fue aceptada, fue la enmienda 14, dirigida a modificar el artículo 1 apartado 3, de tal forma que se hablara de “los Estados miembros”, en lugar de “Estados miembros”.

¹⁴¹ Texto íntegro del Dictamen del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007. disponible en el siguiente enlace: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0088&language=ES&ring=A6-2007-0074>

transfronterizos. Pese a ello, se alienta expresamente a los Estados miembros a aplicar la Directiva también a los casos puramente internos¹⁴².

Se incluye ya una definición de cuándo una mediación será transfronteriza, atendiendo a los elementos heterogéneos del domicilio o la residencia habitual de las partes, y se fija el momento en que tales elementos han de concurrir. De esta forma, la Directiva se aplicará solamente cuando, en la fecha en que las partes hayan acordado emprender la mediación, al menos una de ellas esté domiciliada o resida habitualmente en un Estado miembro distinto del de cualquiera de las otras partes.

No obstante, se establece una regla tendente a garantizar la confidencialidad de la mediación, y la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción. A estos efectos, será también considerada mediación transnacional, aquella en que, cuando las partes hayan acordado emprender la vía de la mediación, el órgano jurisdiccional que sería competente en caso de un proceso judicial subsiguiente esté situado en un Estado distinto del Estado de domicilio o residencia de alguna de las partes.

Por otro lado, se trata de un texto que trata de enfatizar la importancia de la voluntariedad y la confidencialidad de la mediación. En relación con ésta última, el Dictamen del Parlamento introduce cambios importantes a la Directiva propuesta. Así, pasa a hablar expresamente de “confidencialidad de la mediación”, deber que recae no sólo sobre los mediadores y las personas que participan en la administración de la mediación, sino también sobre las propias partes en conflicto¹⁴³. Finalmente, la confidencialidad ya no afecta únicamente a los procedimientos judiciales civiles, sino que se extiende además a los procedimientos judiciales mercantiles y a los arbitrajes, y se incluye toda la información derivada de una mediación o relacionada con la misma.

La última modificación que es relevante destacar, es la mención expresa que se realiza sobre la aplicación de la Directiva en el ámbito de la mediación familiar¹⁴⁴. En la propuesta de Directiva se omitía toda referencia acerca de si la misma era aplicable o no respecto a la mediación familiar, lo que originó un gran debate entre la doctrina¹⁴⁵.

¹⁴² Véase la enmienda 4, sobre el Considerando 7 bis (nuevo).

¹⁴³ Como ya se verá, esta parte posteriormente vuelve a cambiar, de tal forma que la Directiva finalmente no impone el deber de confidencialidad a las partes en conflicto.

¹⁴⁴ Véase la enmienda 9, sobre el Considerando 11 bis (nuevo), donde se establece expresamente que “*si bien la presente Directiva cubre la mediación en el ámbito de la legislación familiar, se hace extensiva únicamente a los derechos de los que pueden beneficiarse las partes con arreglo a la legislación en vigor en el Estado miembro en que se efectúa la mediación*”.

¹⁴⁵ Así por ejemplo, SOLETO MUÑOZ, H. “La mediación en la Unión Europea” en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una*

Por ello, en el Dictamen del Parlamento Europeo se especifica que la Directiva sí cubre la mediación en el ámbito de la legislación familiar, pero únicamente sobre las materias de las que pueden disponer las partes con arreglo a la legislación en vigor en el Estado miembro en que se efectúa la mediación.

5.4. Posición Común del Consejo de 28 de febrero de 2008 y Posición del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2008

Siguiendo el procedimiento para la adopción de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Consejo aprueba el 28 de febrero de 2008 su Posición Común¹⁴⁶. La misma, fue aprobada el 23 de abril de 2008 por el Parlamento Europeo¹⁴⁷, entendiéndose por lo tanto adoptada la propuesta de Directiva en los términos recogidos por la Posición Común del Consejo.

6. LA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Tal y como se ha expuesto, el interés demostrado por las instituciones de la Unión Europea desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999, culmina en el año 2008 con la adopción de la Directiva 2008/52, de 21 de mayo. Se trata de un instrumento crucial en el avance de la mediación, que ha supuesto la creación de un marco jurídico seguro aplicable a dicho mecanismo de resolución de conflictos.

Atendiendo al artículo 1.1. de la Directiva, el objetivo de la misma es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, y fomentar la resolución amistosa de litigios. Ello se encuadra dentro de la política europea encaminada a establecer un espacio de libertad seguridad y justicia, y concretamente, a asegurar un mejor acceso a la justicia. Con miras a este objetivo, la Directiva va a promover el uso de la mediación, y a asegurar una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

necesidad emergente, Tecnos, 2007, p. 185-203, concretamente p. 188, defiende que el “*proyecto de Directiva no es aplicable al ámbito del Derecho de Familia*”.

¹⁴⁶ Publicada en DO C 122E/1, de 25 de mayo de 2008.

¹⁴⁷ Publicada en DO C 259 E/12, de 29 de octubre de 2009.

6.1. Ámbito de aplicación

La Directiva será aplicable a *“los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente”*¹⁴⁸. Por lo tanto, para que la misma sea aplicable es necesario que concurren tres requisitos:

1. Que se trate de un litigio transfronterizo¹⁴⁹. Pese a que la propuesta inicial preveía su aplicación tanto a los litigios internos como a los transfronterizos, finalmente, tal y como se ha analizado, se impuso la negativa de los Estados miembros a ello. No obstante, nada impide que los Estados la apliquen a procedimientos de mediación puramente internos¹⁵⁰.

La Directiva establece un concepto autónomo de “litigio transfronterizo” en su artículo 2. Así, se considera como tal cualquier litigio en que una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes. El elemento heterogéneo debe darse en el momento en que las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, un tribunal dicte la mediación, sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto remita una invitación a las partes para que acudan a mediación. También se considerarán transfronterizos, únicamente a efectos de confidencialidad y suspensión de los plazos de caducidad y prescripción, aquellos litigios en que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes, en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente.

2. Que se trate de asuntos civiles y mercantiles. La Directiva únicamente se aplica a materias civiles y mercantiles, no obstante, en ella no se contiene una definición material de qué hay que entender como tales. Conviene recordar que dichos conceptos no pueden ser interpretados según el Derecho de ningún Estado miembro, sino que se trata de conceptos autónomos propios del Derecho Internacional Privado de

¹⁴⁸ Así lo establece su artículo 1.2.

¹⁴⁹ Sobre el análisis y problemática que plantea el concepto de “litigio transfronterizo” me remito a lo expuesto en el capítulo relativo a la mediación transfronteriza (Capítulo II, epígrafe 3), y al análisis de la propuesta de Directiva.

¹⁵⁰ Los establece expresamente el Considerando 8 de la Directiva y, como veremos más adelante, es la decisión tomada por la ley española de mediación 5/2012.

la Unión Europea¹⁵¹. Así, será el TJUE el que, a través de su interpretación de la Directiva, establecerá qué ha de entenderse a efectos de la misma como civil y mercantil, si bien tales concreciones son las mismas que ya se realizan respecto del resto de normativa de la Unión Europea, en aras del principio fundamental de coherencia entre ellas.

3. Que sean situaciones relacionadas con derechos y obligaciones que no se encuentren a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. Un límite que se impone a la autonomía de la voluntad de las partes, es que los derechos y obligaciones sean de libre disposición. Habrá que prestar especial atención en materia de Derecho familiar y Derecho laboral, donde los derechos y obligaciones no disponibles son frecuentes.

Pero, ¿qué ley es la que determina si un Derecho es dispositivo o no? Es un tema de vital importancia, ya que se trata de una cuestión sobre la que es habitual que haya diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos. Por ello, puede ocurrir que un determinado Derecho u obligación, para un ordenamiento jurídico tenga el carácter de disponible, pero para otro no. De esta forma, en una mediación transfronteriza, es posible que surjan situaciones de este tipo en las que se vean involucrados dos ordenamientos con disposiciones totalmente opuestas al respecto. Esto podría hacer peligrar la ejecución del acuerdo en el Estado que no reconoce la disponibilidad de las materias objeto de su contenido. Por esta razón, deviene fundamental determinar qué ley es aplicable para establecer si un Derecho u obligación, es dispositivo o no. Ésta será la ley que marcará los términos del acuerdo de mediación.

El Dictamen que emitió el Parlamento Europeo durante el proceso de adopción de la Directiva, de 29 de marzo de 2007, remitía para ello a la legislación en vigor en el Estado miembro en que se efectúa la mediación¹⁵². Ésta puede no ser la más adecuada

¹⁵¹ En este sentido, véase ORDOÑEZ SOLÍS, D. "La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: "fuera de los tribunales también hay justicia"", en *Diario La Ley*, Nº 7165, 2009, concretamente p. 4; YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 23, junio 2012, concretamente p.11. Lo mismo ocurre por ejemplo en el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Bruselas I), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Para ver la interpretación en estos conceptos en relación con el citado Reglamento, véase CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.183-188.

¹⁵² La enmienda 9, sobre el Considerando 11 bis (nuevo), establecía expresamente que "si bien la presente Directiva cubre la mediación en el ámbito de la legislación familiar, se hace extensiva

por dos motivos. El primero es que con ella no se evitaría el problema sobre la ejecución del acuerdo. Una vez realizada la mediación en un lugar donde la materia en cuestión es disponible, al tratar de ejecutar el acuerdo resultante de la mediación en otro Estado, no se va a conceder si según su ordenamiento jurídico se trata de una materia indisponible. El segundo motivo es que al establecer tal punto de conexión, se podrían generar situaciones de claro *forum shopping*. Bastaría con celebrar la mediación en un Estado en el que la materia en concreto fuera de libre disposición, para eludir otro ordenamiento en sentido contrario.

La Directiva únicamente se refiere a que se aplicará la “legislación pertinente”. Esta vaga expresión se ha interpretado por la doctrina¹⁵³ en el sentido de que habrán de entrar en juego las normas de Derecho Internacional Privado que regulen la materia concreta de que se trate, siendo la “legislación pertinente” aquella que determine las correspondientes normas de conflicto de leyes. Así por ejemplo, habría que atender a la ley que resultará de la correcta aplicación de instrumentos como el Reglamento 1259/2010 en materia de separación o divorcio; el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos; el Reglamento 593/2008 en cuanto a las obligaciones contractuales; el Reglamento 864/2007 en materia extracontractual; o nuestros artículos 9 a 12 CC para aquellas materias sobre las que no hay normativa europea ni internacional.

Volviendo al ámbito material de aplicación de la Directiva, se excluyen expresamente del mismo los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*).

Para finalizar, en lo que respecta al ámbito espacial y al temporal, la Directiva se aplicará a todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca¹⁵⁴, y entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*¹⁵⁵.

únicamente a los derechos de los que pueden beneficiarse las partes con arreglo a la legislación en vigor en el Estado miembro en que se efectúa la mediación”.

¹⁵³ Véase al respecto el brillante análisis de DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p. 286-289. También interpretó este precepto en el sentido indicado GIL NIEVAS, R. "La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 768/2008, p.4.

¹⁵⁴ Tal y como establece el Considerando 30 de la Directiva, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción de la Directiva y, por tanto, no está vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

¹⁵⁵ Fue publicada en el DO L 136/8, de 24 de mayo de 2008.

Además, se establecía la obligación a los Estados miembros, de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10 (relativo a la información sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes) al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar.

6.2. Aspectos relevantes del contenido de la Directiva. Diferencias con el texto inicialmente propuesto

La Directiva 2008/52, en la línea de lo que ya ocurría con el texto inicialmente propuesto, no supone una regulación unitaria y sistemática de la mediación, sino que únicamente se ocupa de algunos problemas puntuales. Éstos, en su mayoría se refieren a la relación entre la mediación y el proceso civil¹⁵⁶, como son la ejecución de los acuerdos alcanzados, la confidencialidad, y la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción. Voy a analizar el contenido de la Directiva, centrándome fundamentalmente en estos aspectos, y anotando las principales diferencias respecto de la propuesta de Directiva.

6.2.1. La figura del mediador

En primer lugar, el texto comienza definiendo qué se entiende por mediación, elemento transfronterizo, y mediador. Puesto que los dos primeros conceptos ya han sido analizados, procede aquí hacer una pequeña referencia a la importante figura del mediador. Se define como el tercero que lleva a cabo una mediación, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación. Esto ya lo establecía la propuesta de Directiva, sin embargo, la Directiva introduce como novedad que el mediador deberá actuar de forma eficaz, imparcial y competente. De esta forma, la imparcialidad y la confidencialidad son principios básicos contenidos expresamente en la Directiva. Además, en cuanto a la aplicación de unos principios mínimos, procede recordar la existencia del Código de conducta

¹⁵⁶ Realiza un interesante trabajo sobre ello MARZOCCO, A.M./NINO, M. "The EU Directive on mediation in civil and commercial matters and the principle of effective judicial protection" en *Lex ET Scientia International Journal*, Nº XIX, vol. 2, 2012, p. 105-128, especialmente p. 113-124

europeo para mediadores, al que se pueden adherir mediadores individuales u organizaciones.

Nada se dice acerca de los requisitos de formación de los mediadores, dejando un tema de tal relevancia a la discrecionalidad de los Estados¹⁵⁷. En cualquier caso, sería conveniente exigir una preparación especial para aquellos mediadores que vayan a intervenir en conflictos transfronterizos. Dentro de esta preparación específica, sería imprescindible que tuvieran conocimientos de Derecho Internacional Privado. El complejo panorama que acabamos de ver acerca de la disponibilidad de derechos, entre otras muchas situaciones que se verán posteriormente, pone de manifiesto la necesidad de la intervención de expertos internacional privatistas en los procesos de mediación transfronterizos¹⁵⁸.

6.2.2. La ejecución de los acuerdos que ponen fin a la mediación

Para promover el uso de la mediación y generar confianza en esta figura, es necesario que los acuerdos resultantes de la misma puedan ejecutarse, y se permita su circulación con facilidad en los diferentes territorios de los Estados miembros, evitando situaciones claudicantes. Con tal objetivo, la Directiva 2008/52 presta especial atención a la ejecución de los acuerdos.

Una vez finalizada con éxito una mediación transfronteriza, pueden darse distintas situaciones en relación con el acuerdo resultante¹⁵⁹:

- se pretende obtener la ejecución del acuerdo en el Estado miembro en que se ha desarrollado la mediación.
- la mediación se ha desarrollado en un Estado miembro y se quiere ejecutar el acuerdo resultante en otro u otros Estados miembros

¹⁵⁷ Véase el análisis de YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 23, junio 2012, p. 15-17. En él se pone de manifiesto la diversidad existente entre los distintos Estados en relación con la formación exigida a los mediadores.

¹⁵⁸ YBARRA BORES, en su trabajo citado en la nota anterior, destaca esta necesidad en lo relacionado con la mediación familiar transfronteriza. Así, considera que "*debería exigírseles conocimientos de idiomas, de las distintas culturas jurídicas en relación a la institución del matrimonio, de los sistemas judiciales e incluso (...) de Derecho Internacional Privado en relación a los problemas que en dicha disciplina se producen en relación a la institución de la mediación familiar, pues si nos encontramos ante una mediación donde están afectadas personas de distinta nacionalidad, será habitual la intervención en escenarios con diferentes normas eventualmente susceptibles de ser tomadas en consideración*".

¹⁵⁹ Me refiero únicamente a las situaciones que se pueden plantear dentro del ámbito de aplicación de la Unión Europea, es decir, entre los Estados miembros de la misma, a excepción de Dinamarca.

- el acuerdo resultante de la mediación obtiene el carácter ejecutivo en el Estado miembro en que la mediación ha tenido lugar, y posteriormente se quiere ejecutar el mismo en otro u otros Estados miembros.

A los dos primeros supuestos atiende el artículo 6 de la Directiva. En él se insta a los Estados a que garanticen que las partes¹⁶⁰, si tras la mediación han llegado a un acuerdo, puedan conseguir que éste tenga carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. La única excepción para que no se conceda tal carácter ejecutivo es que el contenido del acuerdo sea contrario al Derecho del Estado en que se pida que se le dote de ejecutividad al acuerdo, o que la legislación de dicho Estado no contemple su carácter ejecutivo¹⁶¹. Dentro de la excepción relativa a que el contenido del acuerdo sea contrario al Derecho del Estado en que se solicite la ejecutividad, el “Derecho del Estado”, incluye también sus normas de Derecho Internacional Privado.

El tercer supuesto, relativo a la ejecución en un Estado miembro, de un acuerdo que ya tiene el carácter ejecutivo en el territorio de otro Estado miembro, se contiene en el Considerando 20. En él se establece que todo acuerdo resultante de una mediación, que haya adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro, deberá ser reconocido y ejecutado en el resto de Estados, de conformidad con la legislación europea o nacional aplicable. En este sentido, se refiere expresamente al Reglamento Bruselas I; y al Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento Bruselas II bis).

Este último Reglamento exige expresamente que los acuerdos entre las partes tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para poder ser ejecutivos en otro Estado miembro. En atención a tal disposición, el Considerando 21 de la Directiva establece que *“si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le dé carácter ejecutivo, la*

¹⁶⁰ Se permite que soliciten la ejecutividad del acuerdo todas las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás.

¹⁶¹ En relación con la ejecución de los acuerdos resultantes de mediación, véanse, entre otros, ORDÓÑEZ SOLÍS, D. "La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: "fuera de los tribunales también hay justicia"", en *Diario La Ley*, Nº 7165, 2009, especialmente p. 6-7; PRATS ALBENTOSA, L. "La nueva regulación europea de la Mediación" en *Diario La Ley*, Nº 6958, 2008, p. 3; y DOMÍNGUEZ MENA, A. "Directiva sobre mediación: otro paso más hacia la desjudicialización" en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 20, 2008.

presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro”.

Como se puede observar, resulta obligado e imprescindible enfocar el asunto desde el punto de vista internacional privatista¹⁶². Existen numerosos instrumentos de cooperación judicial civil sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales. Ejemplos de ello son los dos Reglamentos mencionados en la Directiva, pero también existen otros Reglamentos europeos en materias concretas como alimentos o el título ejecutivo europeo, y diversos instrumentos internacionales, aparte de las disposiciones contenidas en nuestra LOPJ. Por ello, pese a que lo que se pretende lograr en la Directiva es la libre circulación de los acuerdos resultantes de mediación en la Unión Europea, hay que tener muy presente que del juego de estos instrumentos se puede derivar el rechazo del reconocimiento y ejecución del acuerdo. En este sentido, habrá que prestar especial atención, tal y como señala DIAGO DIAGO, P., al juego que puede desempeñar la cláusula del orden público internacional¹⁶³.

6.2.3. Confidencialidad de la mediación

Otro de los principios fundamentales para el éxito de la mediación es la confidencialidad de la información derivada de un proceso de mediación o relacionada con el mismo. El texto inicialmente propuesto por la Comisión no hablaba de “confidencialidad” sino de “admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles”. Así, el primer cambio observable es la inclusión expresa del término “confidencialidad”.

El contenido del precepto también ha sufrido modificaciones. Así, la Directiva establece la confidencialidad sobre información derivada de un proceso de mediación o relacionada con el mismo, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje. Por

¹⁶² Sobre esta materia concreta destacar los trabajos de SANTA-CROCE, M. "L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen" en *Gazette du Palais*, juin 2001; y PALAO MORENO, G. "La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa", en CANO BAZAGA, E. (Dir.) *La Libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 231 a 241.

¹⁶³ DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p.293-296. También se refiere al importante papel que puede desempeñar el orden público internacional en relación con los acuerdos cuyo contenido afecta a derechos u obligaciones no disponibles según el ordenamiento jurídico del Estado en que se solicita la ejecución. Así, establece expresamente que “*esta excepción constituye un límite infranqueable, a salvo de la posible actuación de efectos atenuados y su juego puede ser más habitual de lo que cabría pensar, incluso en el ámbito europeo*” p. 289.

contra, la propuesta de Directiva enumeraba seis extremos sobre los que recaía la inadmisibilidad de pruebas, y afectaba únicamente a los procesos judiciales civiles. Por lo tanto, la Directiva ha ampliado, a mi juicio correctamente, el deber de confidencialidad a los procesos judiciales mercantiles y al arbitraje¹⁶⁴.

Por otro lado, coincide con el texto propuesto inicialmente en que el deber de confidencialidad únicamente se extiende sobre los mediadores y las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación, y que caben excepciones al mismo. Tales excepciones las recoge la Directiva en el artículo 7.1, y son: un acuerdo en sentido contrario de las partes, razones de orden público, y cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

De cualquier modo, la Directiva no impide que los Estados miembros adopten medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación¹⁶⁵.

6.2.4. Efecto de la mediación en los plazos de caducidad y prescripción

El artículo 8 de la Directiva insta a los Estados miembros a garantizar que las partes que acudan a la mediación para resolver un conflicto, no se van a ver impedidas posteriormente para iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación. Se trata de un precepto que se ha modificado totalmente en cuanto a su redacción inicial en la propuesta de Directiva.

Mientras que la propuesta de Directiva establecía expresamente la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción, desde qué momento debían suspenderse, y hasta cuando¹⁶⁶; la Directiva únicamente establece que los Estados deberán garantizar que las partes que han sometido a mediación no se verán impedidas posteriormente de iniciar un proceso judicial o un arbitraje. Como se puede observar, la Directiva deja un mayor margen de discrecionalidad a los Estados miembros, los cuales podrán decidir cómo adaptar este precepto a su derecho interno.

¹⁶⁴ Sobre el deber de confidencialidad véase CASO SEÑAL, M. "Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva Comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*. N° 7046, 2008; CORVO LÓPEZ, F. "El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar" en *Aranzadi civil-mercantil*, N° 1, 2011, p. 43 a 78.

¹⁶⁵ Así lo establece expresamente el artículo 7.2. de la Directiva. Cabe apuntar que nuestra ley española de mediación ha adoptado medidas más estrictas, en el sentido de extender el deber de confidencialidad, además de a los mediadores, a todas las partes intervinientes en el proceso de mediación.

¹⁶⁶ Véase el artículo 7 de la propuesta de Directiva de 22 de octubre de 2004.

Como modificación positiva se puede mencionar que mientras que en el texto propuesto se hablaba genéricamente de los plazos de caducidad y prescripción, sin concretar si afectaban únicamente a los procesos judiciales o también a los arbitrajes, la Directiva incluye expresamente ambos.

6.3. Valoración general de la Directiva

Como se ha podido observar, el texto analizado únicamente trata algunos de los problemas que se pueden plantear en una mediación, dejando otros muchos a la discrecionalidad de los Estados miembros. Así por ejemplo, no se tratan temas tan importantes como la formación que han de tener los mediadores, qué papel concreto han de desempeñar en la mediación, la calidad de la misma, el proceso de mediación, las normas de conflicto de leyes, la calificación del pacto y del acuerdo de mediación, etc. Además, en cuanto al contenido, se trata de una Directiva de mínimos¹⁶⁷ que posteriormente los Estados miembros podrán adoptarla de manera más estricta, si desean, en su transposición al Derecho interno.

Todo esto se debe al temor de algunos Estados miembros de que a la larga se produjera una alteración de sus sistemas procesales internos. Debido a la necesaria interacción entre la mediación y el proceso judicial, el texto de la Directiva podría afectar a algunas de las disposiciones internas estatales¹⁶⁸. Por otro lado, había Estados miembros que ya habían comenzado a desarrollar en sus ordenamientos jurídicos los MARC, pudiendo verse afectados por lo establecido en la norma europea¹⁶⁹.

En este contexto, una Directiva con un contenido más ambicioso posiblemente no hubiera sido aceptada por el Consejo. Por ello, a pesar de sus limitaciones, se puede considerar un instrumento positivo, que ha sentado los principios básicos que toda mediación ha de tener, solventando los fundamentales problemas que se podrían plantear en la práctica. Además, debido a la obligación de los Estados miembros de transponerla, ha logrado que la mediación conste de un marco jurídico estable en toda

¹⁶⁷ Al respecto véase MARCOS MARTÍN, T. "La mediación familiar en la Unión Europea" en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 19-26

¹⁶⁸ Véase YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 23, junio 2012, concretamente p. 7-8.

¹⁶⁹ Ya en el Libro Verde se ponía de manifiesto cómo, a pesar de que los Estados miembros no dispusieran todavía de una normativa-marco detallada sobre los MARC, Dinamarca, Italia, Austria y Portugal ya habían iniciado algunos trabajos globales en este sentido.

la Unión Europea, lo que ya de por sí crea seguridad jurídica y promueve el uso de este MARC. Por otro lado, nada impide que los Estados miembros establezcan, mediante la transposición a su Derecho interno, normas más exhaustivas que las contenidas en la Directiva. De esta forma se asegura el cumplimiento de los mínimos establecidos, por todos los Estados miembros, y se permite un mayor desarrollo para aquellos Estados que quieran ir más allá.

IV. LA MEDIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

España no es un país de “tradición mediadora”, sin embargo, desde hace algunos años se viene observando un aumento del interés por estos métodos de resolución de conflictos, en paralelo con el interés demostrado por la Unión Europea.

Para encontrar el origen de la mediación en España, hemos de remontarnos a la década de los 80, cuando comienzan a realizarse algunos trabajos iniciales sobre mediación, que fueron seguidos por la puesta en marcha de algunas experiencias en el ámbito judicial, especialmente en materia de familia¹⁷⁰. El éxito de estas primeras experiencias prácticas, junto con la promoción de la mediación por parte de las instituciones de la Unión Europea¹⁷¹, desembocaron en un primer despegue de aquella. Así, en el ámbito autonómico, Cataluña, Galicia, y Valencia, aprobaron sus respectivas leyes de mediación familiar en el año 2001. A estas Comunidades Autónomas se fueron sumando otras, de tal manera que hasta el momento actual son 13 las Comunidades Autónomas que disponen de sus propias leyes de mediación familiar.

También es en materia familiar donde se aprueba la primera normativa estatal que hace referencia expresa a la mediación, como mecanismo para la resolución de controversias. Así, la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo la mediación en el proceso civil como instrumento para alcanzar, de forma consensuada, una solución sobre los temas objeto de litigio.

No obstante, no es hasta el año 2012 cuando se elabora una normativa estatal sobre mediación en el ámbito civil y mercantil. La misma es fruto de la transposición de la Directiva 2008/52/CE, que se realizó a través del RDL 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y pasó a publicarse como Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el *BOE* de 7 de julio de 2012.

¹⁷⁰ Sobre el origen de la mediación en España véase VALL RIUS, A, "La mediación: realidad y retos del futuro", en *Diario La Ley*, N° 6954, 2008, especialmente p. 1-2.

¹⁷¹ Cabe destacar la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998. En ella se recomendaba a los gobiernos de los Estados Miembros: instituir o promover la mediación familiar, o reforzar la mediación familiar existente; y adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios allí establecidos para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares.

1. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR

En España, fueron las Comunidades Autónomas, y únicamente, en principio, en el ámbito familiar, las que comenzaron a regular la mediación. Desde el año 2001, que Cataluña aprobó su ley de mediación familiar, son 13 las Comunidades Autónomas que en la actualidad disponen de legislación en esta materia. Estas Comunidades son: Cataluña¹⁷², Galicia¹⁷³, Comunidad Valenciana¹⁷⁴, Canarias¹⁷⁵, Castilla y León¹⁷⁶, Castilla-La Mancha¹⁷⁷, Islas Baleares¹⁷⁸, Principado de Asturias¹⁷⁹, Madrid¹⁸⁰, País Vasco¹⁸¹, Andalucía¹⁸² y Aragón¹⁸³. Cabe mencionar que Cantabria¹⁸⁴ también dispone de una ley autonómica en materia de mediación, pero ésta no se restringe únicamente a la mediación familiar. Tal y como se establece en su propia Exposición de Motivos, se pretendió dar a esta institución *“un ámbito absolutamente integral (...) al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso”*. En sentido similar, hay que advertir que la Ley 1/2001 de Mediación Familiar de Cataluña, fue derogada en 2009 por la Ley 15/2009. Esta última es aplicable a la mediación en el sector privado, y no únicamente a la mediación familiar.

1.1. Base jurídica

La primera cuestión que se plantea es cuál es la base jurídica en que fundamentan las Comunidades Autónomas sus competencias para legislar sobre la mediación familiar¹⁸⁵.

¹⁷² Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña, que fue derogada en 2009 por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

¹⁷³ Ley 4/2001 de 31 de mayo, Reguladora de Mediación Familiar en Galicia.

¹⁷⁴ Ley 7/2001 de 26 de noviembre, Reguladora de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana.

¹⁷⁵ Ley 3/2005 de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar.

¹⁷⁶ Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación familiar de Castilla y León.

¹⁷⁷ Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla - La Mancha.

¹⁷⁸ Ley de la Comunidad de las Islas Baleares 18/ 2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar; y Ley 14/ 2010, de 09 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares.

¹⁷⁹ Ley del Principado de Asturias, 3/ 2007 de 23 de mayo.

¹⁸⁰ Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, 1/ 2007, de 21 de febrero.

¹⁸¹ Ley de Mediación Familiar del País Vasco, 1/ 2008, de 8 de febrero.

¹⁸² Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹⁸³ Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

¹⁸⁴ Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

¹⁸⁵ Véase al respecto GRANDE SEARA, P. “Ámbitos objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la legislación autonómica” en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 369-384, concretamente p. 369-372.

La mayoría de ellas se amparan en la competencia que les atribuye el artículo 148.1.20 de la Constitución, en materia de asistencia social. Así, fundamentan sus respectivas leyes por un lado, en el artículo 39 de la Constitución, en virtud del cual los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos y las hijas¹⁸⁶; y, por otro, en las competencias de asistencia social recogidas en el Estatuto de Autonomía.

Cataluña, sin embargo, difiere del resto de Comunidades Autónomas y se ampara en la competencia que le atribuye el artículo 149.1.8., dotando de esta forma a la mediación familiar de un carácter predominantemente civil. En la Ley 1/2001 fundamentaban su capacidad legislativa en el artículo 79.2 y en la Disposición Final 3ª de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Esta base jurídica llevó a que desde algunos sectores de la doctrina se propugne su inconstitucionalidad, ya que la mediación familiar es una figura carente de tradición jurídica en el Derecho foral catalán, y por lo tanto, según el artículo 149.1.8, la Comunidad autónoma no podría regular sobre ella¹⁸⁷.

1.2. Contenido

Pese a que el contenido entre las diversas legislaciones autonómicas varía en gran medida de unas a otras, del análisis comparativo entre ellas se puede extraer una estructura y unos principios comunes. En cuanto a la estructura común podría dividirse en las siguientes partes:

- Disposiciones generales. En este apartado se incluyen materias como el ámbito de aplicación de la ley¹⁸⁸, el concepto de mediación familiar, qué tipo de conflictos son

¹⁸⁶ A modo de ejemplo, la Ley de Castilla León establece que *la familia, una de las instituciones más valoradas por los ciudadanos, ha experimentado importantes transformaciones en las últimas décadas. Acompañar estos procesos de cambio con medidas de apoyo a la familia ajustadas a las necesidades y demandas sociales, además de un imperativo legal previsto en el artículo 39 de la Constitución, es un objetivo sobradamente justificado por la función social de la institución familiar. En este contexto, la mediación familiar se inserta como una fórmula adecuadamente contrastada para encauzar de forma óptima los conflictos familiares y, en especial, los de pareja.*

¹⁸⁷ En relación con la Ley de Cataluña CLEMENTS DOMÍNGUEZ, A. "Mediación familiar: algunas cuestiones relativas a su implantación en el ordenamiento jurídico español" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 4, 2001, p. 299 a 310, especialmente p. 307-308, reflexiona sobre la posible inconstitucionalidad de la misma, y las competencias de las Comunidades Autónomas para regular en materia de mediación familiar.

¹⁸⁸ Realiza un interesante análisis comparativo entre las diferentes legislaciones de las Comunidades Autónomas GRANDE SEARA, P. "Ámbitos objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la

susceptibles de someterse a mediación, quiénes son las personas legitimadas para iniciar una mediación familiar, la naturaleza de los acuerdos adoptados, o los servicios y programas públicos de mediación.

- Principios básicos de todo procedimiento de mediación¹⁸⁹. Algunos de los principios básicos que se repiten a lo largo de diversas leyes son los siguientes: la voluntariedad de la mediación, la imparcialidad y neutralidad del mediador, la confidencialidad, el carácter personalísimo, la profesionalidad del mediador, la flexibilidad, la igualdad de las partes y la buena fe de las mismas en el proceso de mediación.

- Requisitos que debe reunir la persona mediadora¹⁹⁰. La mayoría de las normas recogen unos requisitos formales y otros materiales que han de cumplir los mediadores para desempeñar tal función. Respecto a los requisitos formales, la mayoría de las leyes autonómicas exigen la inscripción en un colegio profesional y en un Registro de mediadores creado al efecto en la misma norma. En cuanto a los requisitos materiales, hay similitudes en la exigencia de una titulación universitaria y una formación específica en mediación¹⁹¹. Se encuentran mayores diferencias, sin embargo, en cuanto a qué titulaciones concretas se requieren¹⁹².

- Procedimiento de mediación. Es común en todas las leyes la regulación del proceso de mediación. La normativa autonómica regula cuestiones como el inicio de la mediación, el desarrollo de la reunión inicial y las siguientes reuniones, la

legislación autonómica” en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 369-384, concretamente p. 372-382.

¹⁸⁹ Al respecto véase el trabajo de GONZÁLEZ PILLADO, E. "Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 357-368; y CASTILLEJO MANZANARES, R. "Mediación en el ámbito familiar: marco normativo" en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p. 275-285, especialmente p. 342-347.

¹⁹⁰ Analiza esta cuestión MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. "Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Civil*, Nº 21-22, tomo 2, 2012, especialmente p. 6-9.

¹⁹¹ Véase al respecto la Orden de 16 de mayo de 2013, por la que se establecen los contenidos mínimos de la formación específica de las personas mediadoras, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de 22 de mayo de 2013.

¹⁹² Por ejemplo, hay leyes que no han optado por una lista de titulaciones cerrada, como la Ley aragonesa, que exige que el mediador posea una titulación universitaria, pero no se refiere a ninguna expresamente, o la Ley madrileña, que exige que los mediadores estén en posesión de un título universitario, o incluso de grado superior o medio con validez en territorio español. Sin embargo otras leyes sí que hacen referencia expresa a titulaciones concretas,. Así la Ley asturiana requiere que el mediador posea titulación universitaria en Derecho, Psicología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social; y la ley de las Islas Baleares enumera las mismas titulaciones, incluyendo Psicopedagogía.

cumplimentación del acta inicial y del acta final, y la duración de la mediación¹⁹³. Destaca especialmente esto último, y es que la totalidad de las leyes autonómicas establecen una duración máxima al proceso de mediación, que en determinados casos podrá ser prorrogada. La mayoría de ellas establecen que la duración de la mediación será de tres meses a contar desde la fecha de la reunión inicial, que se podrán prorrogar otros tres meses más¹⁹⁴. También llama la atención, que hay algunas que no establecen cuánto tiempo se puede prorrogar el proceso, una vez superado el tiempo máximo de duración general¹⁹⁵.

- Régimen sancionador. Las legislaciones autonómicas contienen también un régimen sancionador de la mediación. Realizan una clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves, establecen las sanciones y su graduación, y desarrollan el procedimiento sancionador correspondiente.

1.3. Mediación familiar internacional en la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Castilla-La Mancha

En el análisis de las diferentes legislaciones autonómicas en materia de mediación familiar, llama la atención la referencia expresa que realiza la Ley de Castilla-La Mancha a la mediación internacional. A diferencia de todas las demás, la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, dedica un precepto específico a la mediación internacional. Este precepto es el artículo 5, recogido bajo la rúbrica “*mediación familiar internacional*”.

El artículo 5.1. establece que la mediación internacional se regirá por las prescripciones de esta Ley. A los efectos de la misma, se entiende por mediación internacional aquella que presenta un elemento personal de extranjería. Estos elementos heterogéneos, son aquellos que siguen a la persona por tratarse de circunstancias

¹⁹³ Sobre este aspecto en concreto véase TENA PIAZUELO, I. "Ley aragonesa de mediación familiar...", la que faltaba" en *Diario La Ley*, Nº 7626, 2011, p. 9.

¹⁹⁴ Así lo recogen la Ley de Asturias, de las Islas Canarias, de Castilla León y Castilla-La Mancha, de Galicia y de Madrid. Andalucía también establece una duración máxima de tres meses prorrogables en otros tres, pero a contar desde la fecha en que se levanta el acta inicial.

¹⁹⁵ Por ejemplo, la Ley de Aragón y la de las Islas Baleares, establecen una duración máxima de 60 días y tres meses respectivamente, y admiten que la misma se prorrogue durante el tiempo necesario, sin concretar una cifra de días o meses máxima.

intrínsecamente vinculadas con la misma¹⁹⁶. De esta forma, cuando la Ley alude a mediación internacional se está refiriendo a aquella en la que el elemento heterogéneo proviene de la nacionalidad, y/o del domicilio o residencia habitual de alguna de las partes intervinientes en la mediación.

Como se puede observar, el concepto “mediación internacional” recogido en la Ley de Castilla-La Mancha, es más amplio que el de “mediación transfronteriza” contenido en la Directiva. La diferencia entre ambos es que para la Directiva, la nacionalidad no es un elemento heterogéneo susceptible de dotar de carácter internacional a la mediación, mientras que para la ley autonómica sí.

Ahora bien, uno de los principales objetivos perseguidos por esta Ley, es la protección del interés del menor¹⁹⁷. Esta finalidad se menciona en la Exposición de Motivos, donde se establece que la mediación no constituye únicamente una benéfica forma de solventar los conflictos familiares, sino también, y sobre todo, una manera especialmente idónea para dispensar, a través del acuerdo, una protección global y adecuada a los hijos menores que involuntariamente se ven envueltos en la ruptura y afectados de modo más o menos intenso por sus consecuencias¹⁹⁸.

Es por ello que, con esta finalidad de protección del interés del menor, el artículo 5 en su apartado 2, contiene una interesante norma que hace referencia a la interacción entre la mediación y la sustracción internacional de menores. Dicho precepto establece que *“la iniciación de un procedimiento de mediación familiar internacional no impedirá la adopción y aplicación de las medidas judiciales oportunas tendentes al retorno del menor indebidamente desplazado o retenido, en los términos previstos por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como en los restantes convenios internacionales ratificados por España y en las normas estatales sobre esta materia”*. La lectura actual de esta norma debe entenderse referida también al Reglamento Bruselas II bis.

¹⁹⁶ Véase sobre las diversas clasificaciones de los puntos de conexión CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.335-338.

¹⁹⁷ Sobre ello véase MARÍN LÓPEZ, J.J. "El interés del menor en la futura ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha" en MARÍN LÓPEZ, M.T. (dir.), *El derecho y los derechos de los niños*, 2003 p. 61 a 68.

¹⁹⁸ En la misma dirección, el artículo 14 establece expresamente que *“la persona mediadora velará por la adecuada protección en el procedimiento de mediación familiar de los intereses de las personas menores o incapaces”*.

2. LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Tras la aprobación por parte de algunas Comunidades Autónomas de normativa en mediación familiar y, en el ámbito europeo, la presentación de la propuesta de Directiva, es en el año 2005 cuando una norma estatal hace referencia expresa a la mediación. Así, la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo la mediación en el proceso civil como instrumento para alcanzar, de forma consensuada, una solución sobre los temas objeto de litigio. Concretamente, introdujo la mediación en el ámbito del proceso de familia, aplicable para la separación, nulidad o divorcio de los cónyuges, modificación de medidas y procesos sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores de edad¹⁹⁹.

Tal y como resalta LORCA NAVARRETE, A.M.²⁰⁰ con la Ley 15/2005 surgió un *clamor parlamentario* en favor de impregnar el CC y la LECiv. con el instituto de la mediación familiar. Así, la mayoría de grupos parlamentarios presentaron enmiendas dirigidas a la introducción de la mediación familiar en estas normas²⁰¹. Precisamente, las modificaciones introducidas en relación con la mediación, tuvieron su origen en el debate parlamentario relativo a las enmiendas número 17 y 31 del grupo parlamentario popular en el Senado²⁰². Estas enmiendas fueron aceptadas, con la salvedad de que únicamente se aceptó el sometimiento a la mediación de manera voluntaria, y no igualmente a instancia del Tribunal como se establecía en las mismas²⁰³.

¹⁹⁹ Realiza un análisis sobre las novedades que introduce dicha Ley en lo que respecta a la mediación SOLETO MUÑOZ, H. "La mediación vinculada a los tribunales" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 245-280, especialmente p. 252-255.

²⁰⁰ LORCA NAVARRATE A.M/DENTICI VELASCO N.M *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "ley de divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005, p.91 a 131, especialmente p. 107-110.

²⁰¹ Por ejemplo, en este sentido destaca la enmienda número 8 del grupo parlamentario de Esquerra Republicana (ERC). En ella se pretendía modificar la Exposición de Motivos, e incluir que la intervención judicial debe reservarse para cuando *haya sido imposible* el pacto, *la mediación* o el contenido de las propuestas...". El fundamento de la misma era la Recomendación 1/1998, del Consejo de Europa, el art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y las leyes autonómicas aprobadas hasta el momento. En esta línea de introducir la mediación en la LECiv. y el CC se ubicaban la enmienda número 43 del grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds; y la enmienda número 39 del grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV). Véase todo ello el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 16-8, de 15 de marzo de 2005.

²⁰² Véase BOCG, Senado, Serie II, número 14-c, de 26 de mayo de 2005.

²⁰³ Así, la enmienda 31 establecía que "*el Juez podrá, si cree que hay margen para la mediación, poner en conocimiento de las partes la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación familiar*,

La finalidad perseguida por la Ley 15/2005 con la incorporación de estas modificaciones, es reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor. En este contexto, la Ley 15/2005 configura la mediación intrajudicial como un instrumento que puede resultar adecuado para la solución de este tipo de conflictos. La Exposición de Motivos se refiere a la mediación “*como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral*”. De aquí ya se pueden extraer dos notas fundamentales de aquella: la voluntariedad, la imparcialidad y neutralidad del mediador.

La principal novedad que introduce esta Ley es la posibilidad de que las partes soliciten en cualquier momento al Juez, la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio²⁰⁴. Como se puede observar, la ley únicamente recoge la posibilidad de que sean las propias partes las que soliciten la suspensión del procedimiento. De esta manera, no se admite la posible derivación realizada por el órgano jurisdiccional para que las partes asistan a una sesión informativa sobre la mediación.

Tal y como pone de manifiesto DIAGO DIAGO, P.²⁰⁵, una de las controversias que suscitó esta Ley, fue en relación con la situación de las parejas de hecho. La problemática surgía puesto que las modificaciones realizadas por la Ley 15/2005 estaban referidas únicamente a los procesos matrimoniales y de menores, no aplicándose por lo tanto a los casos de separación de parejas de hecho. De esta forma, pese a que las parejas en esta situación sí que podrían acudir a la mediación familiar una vez surgida la crisis, los problemas aparecerían en la ejecución de los acuerdos resultantes, debido a la ausencia de procedimiento de homologación establecido al efecto.

solicitando la suspensión de las actuaciones” y, en consonancia con lo anterior, “en cualquier momento del proceso, las partes, por iniciativa propia o a instancia del Tribunal, podrán solicitar la suspensión de las actuaciones para iniciar un procedimiento de mediación familiar”.

²⁰⁴ Así lo establece la disposición final primera en su apartado tres, que modifica Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Introduce una nueva regla 7ª al artículo 770 LECiv. con la siguiente redacción: “*Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación*”.

²⁰⁵ Véase DIAGO DIAGO, P. “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado” en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. La Unión Europea ante el Derecho de la globalización, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p. 272-273.

La Ley establece la posibilidad de solicitar la suspensión del procedimiento para someterse a la mediación, pero no establece el plazo máximo que durará la misma. Para encontrarlo, hay que acudir a las disposiciones generales relativas a los juicios civiles contenidas en la LECiv. Concretamente, el artículo 19 establece que el plazo de la suspensión no podrá superar los sesenta días²⁰⁶.

La segunda novedad introducida por la Ley 15/2005, en relación con la mediación, es la contenida en la disposición final primera, apartado seis. Este apartado modifica el artículo 777 LECiv., que queda redactado del siguiente modo:

“Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar”.

Lo que hay que destacar en primer lugar, es que el convenio regulador y el acuerdo de mediación, son dos documentos diferentes²⁰⁷. La principal distinción entre ambos es que mientras que el convenio regulador es un instrumento procesal vinculado a los procesos del artículo 777 LECiv., el acuerdo de mediación no ostenta dicha naturaleza. En materia familiar, procede traer a colación el artículo 90 CC. En él se establece que los acuerdos entre los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 incorpora el contenido de dicha disposición. Así, en ella se da una gran importancia a la autonomía de la voluntad de las partes, debiendo reservar la intervención judicial para cuando no haya sido posible el pacto. No obstante, la autonomía de la voluntad no es ilimitada, siendo necesaria la

²⁰⁶ Al tratarse de un plazo procesal, son 60 días hábiles. Este plazo viene a coincidir con la duración máxima del procedimiento de mediación establecida por la mayoría de Comunidades Autónomas, en sus leyes sobre mediación familiar. No obstante, si este plazo no fuera suficiente, lo habitual es que si se solicita por las partes y se aporta prueba de la diligencia en la tramitación de la mediación, el Juez prorrogue dicho plazo. Véase SOLETO MUÑOZ, H. "La mediación vinculada a los tribunales" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 245-280, especialmente p. 252-255.

²⁰⁷ Realiza un análisis comparativo entre ambos documentos PEREIRA PARDO, M^a.C. "Aspectos jurídicos" en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 45-74, especialmente p. 68-73.

intervención judicial en aquellos supuestos en que el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o para uno de los cónyuges.

Finalmente, la última novedad que establece la Ley 15/2005 en relación con la mediación, se contiene en la disposición final tercera²⁰⁸. Allí se anunciaba la elaboración de una futura ley de mediación, teniendo en cuenta los principios ya marcados por la Unión Europea, y en todo caso los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.

El cumplimiento de este mandato fue satisfecho siete años después, con la elaboración del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, que posteriormente fue derogado por la Ley de mediación 5/2012, de 6 de julio. No obstante, con anterioridad se había presentado un Proyecto de Ley de Mediación, de 29 de abril de 2011, que aunque no siguió su tramitación y no por ende, no llegó a entrar en vigor, difería sustancialmente en algunos aspectos esenciales de la posterior ley de mediación, por lo que resulta interesante su estudio.

3. PROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN, DE 29 DE ABRIL DE 2011

La Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, debía incorporarse al ordenamiento interno español antes del 21 de mayo de 2011. Con el objetivo de transponer dicha Directiva, y en cumplimiento del mandato de la Ley 5/2012, se elevó al Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, con fecha de 19 de febrero de 2010. El 29 de abril de 2011 se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁰⁹, sin modificaciones sustanciales con respecto al Anteproyecto.

²⁰⁸ La misma establecía lo siguiente: “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

²⁰⁹ Texto íntegro del Proyecto de Ley de Mediación de 29 de abril de 2011, disponible en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF

Aunque este Proyecto de Ley llegó al Congreso de los Diputados, su tramitación no finalizó. Ello se debió a que se produjo la disolución anticipada²¹⁰ del Congreso de los Diputados y del Senado, con anterioridad a que el Proyecto hubiera sido aprobado, que condujo a que el mismo caducara.

Pese a ello, resulta relevante su estudio, ya que difiere de la actual Ley de Mediación 5/2012 en varios aspectos esenciales. Estos aspectos son, principalmente, la voluntariedad de la mediación, y la ejecutividad del acuerdo resultante de la misma.

3.1. La voluntariedad de la mediación

Debido a que este Proyecto de Ley tiene su origen en la Directiva 2008/52/CE, hay que partir de lo dispuesto en ella. En dicho texto legal, se consagra la voluntariedad como una característica de la mediación, en diferentes preceptos²¹¹. Sin embargo, la Directiva no impide que las legislaciones de los Estados miembros hagan obligatorio el uso de la mediación, o la sometan a incentivos o a sanciones²¹². Por lo tanto, es algo que se deja a la discrecionalidad de los Estados miembros. También cabe recordar que el mandato de la Ley 15/2005 establecía que la nueva ley se elaborara teniendo en cuenta, entre otros, el principio de voluntariedad.

Atendiendo a lo dispuesto en el Proyecto de Ley del 2011, a lo largo del mismo se consagra también la voluntariedad de la mediación. Así, se refiere al carácter voluntario de la mediación tanto en la Exposición de Motivos, como en la definición de mediación; mientras que la voluntariedad es uno de los principios informadores de aquella.

No obstante, el artículo 7.1. del Proyecto de Ley, al referirse a la voluntariedad como principio informador de la mediación, establece lo siguiente:

²¹⁰ La disolución de la IX Legislatura se produjo el 27 de septiembre de 2011, cuando tendría que haberse producido el 13 de diciembre de 2011.

²¹¹ Por ejemplo, el Considerando 10 se refiere a que las “*partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo*”; el Considerando 13 establece que “*la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario*”; y la propia definición de mediación, en el artículo 3.a) hace referencia a que “*partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo*”

²¹² Así lo establece el Considerando 14. También se deduce del artículo 3.a) cuando establece que el “*procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*”.

“La mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal.”

Esta disposición, tras establecer el carácter voluntario de la mediación, deja abierta una posibilidad para que la mediación sea obligatoria, en concreto, cuando la legislación procesal lo prevea así. Al respecto, en el propio Proyecto de Ley se introducen algunas modificaciones a la LECiv. entre las cuales se encuentra una que dota de carácter obligatorio a la mediación. Esta modificación es la contenida en la Disposición final 4ª, apartado 10, que establece que el apartado 3 del artículo 437 LECiv. pasa a ser el 4 y se introduce un nuevo apartado 3 con la siguiente redacción:

“En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda.”

Por lo tanto de la conjunción del artículo 7.1. del Proyecto de Ley, y de la modificación a la LECiv. realizada por esta Disposición final del Proyecto, se establece un supuesto en que la mediación será obligatoria. Dicho supuesto afecta a las demandas de juicio verbal por razón de cuantía, que consistan en una reclamación de cantidad que no exceda de seis mil euros, y que no se refiera a ninguna de las materias enumeradas en el art. 250.1 LECiv, ni a materia de consumo. Por lo tanto, para la interposición de este tipo de demandas, según el Proyecto de Ley del 2011, sería un requisito previo haber acudido con anterioridad a la mediación.

La introducción por parte del Proyecto de Ley de estos supuestos de mediación obligatoria, aunque algunos autores se mostraban a favor²¹³, despertó numerosas críticas entre la doctrina²¹⁴, e incluso, del Consejo General del Poder Judicial (en

²¹³ Se muestran a favor de ciertos supuestos de mediación obligatoria, entre otros, MAGRO SERVET, V. "Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España" en *Diario La Ley*, Nº 7951, 2012; y GALEOTE, M.P. "Novedades en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *Diario La Ley*, Nº 7456, 2010.

²¹⁴ Realiza un análisis muy crítico del Proyecto de Ley del año 2011, prestando especial atención a la obligatoriedad de la mediación DE LA OLIVA SANTOS, A., "Mediación y justicia: síntomas patológicos" en *Otrosí*, Nº 8, 2011, p.7-13. También critica este mecanismo de la obligación obligatoria ALEMÁN MONTERREAL, A. "La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el anteproyecto y en el proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles" en LÓPEZ SAN LUIS, R. (coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, 2011, p. 217-239, especialmente p. 223-231. Algunos autores incluso califican tal regulación como inconstitucional, por ejemplo LORCA NAVARRETE, A.M. *Informe sobre*

adelante CGPJ). En el Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles²¹⁵, el CGPJ comparó este mecanismo de la mediación obligatoria con un sistema similar contenido en la LECiv. de 1981. Dicha Ley establecía, en el artículo 460, el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo. Dicho trámite fue suprimido 3 años después, por el artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, al haberse convertido en una mera traba para el acceso al sistema judicial. Por ello, el CGPJ considera que no tiene sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria, si se van a convertir en meros trámites previos sin verdadera efectividad²¹⁶.

3.2. La ejecutividad del acuerdo resultante de la mediación

De nuevo, el punto de partida va a ser lo establecido en la Directiva. En ésta se dispone que los Estados garantizarán que el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo, si lo solicitan las partes, en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. De ello parece que la Directiva se decanta por la necesidad de homologar el acuerdo de mediación para que el mismo adquiriera carácter ejecutivo²¹⁷.

No obstante, el Proyecto de Ley de mediación del año 2011 confiere al acuerdo resultante de un proceso de mediación la fuerza de cosa juzgada entre las partes, como si de una sentencia judicial firme se tratase²¹⁸. Para ello, únicamente es necesario que cumpla las formalidades previstas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 24.

Estas formalidades consisten en que en el acuerdo conste la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada

el Anteproyecto de Ley de Mediación “en asuntos civiles y mercantiles” elaborado por el Ministerio de Justicia del Gobierno de España “con los efectos procesales que de ella derivan”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010, p. 6-12.

²¹⁵ Disponible el texto íntegro del Informe del Consejo General del Poder Judicial en el siguiente link: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_mediacion_en_asuntos_civiles_y_mercantiles

²¹⁶ Textualmente, establece que “*lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia*”. También añade que “*es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial*”.

²¹⁷ Véase el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE.

²¹⁸ Así lo determina el artículo 24.4 del Proyecto de Ley. Además, en la Exposición de Motivos ya se establece que “*el objetivo último de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales siempre que se cumplan los requisitos legalmente exigidos*”.

parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido. Una vez elaborado el acuerdo, deberá firmarse por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma. Y finalmente, se entregará un ejemplar a cada una de las partes, conservando otro el mediador, que será el documento que lleve aparejada ejecución.

Si se cumplen estos requisitos, el acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada, y únicamente podrá solicitarse frente a él la anulación, en un plazo de 30 días naturales desde la firma del acuerdo.

Igual que ocurría con la obligatoriedad de la mediación, esta atribución directa del carácter ejecutivo al acuerdo resultante de una mediación, ha sido duramente criticada²¹⁹. Entre las críticas realizadas, destacan de nuevo las vertidas por el CGPJ en el informe al Anteproyecto de Ley de Mediación.

Lo primero que critica es que no se adapta bien a lo establecido por la Directiva que, como se ha visto, parece que está pensando más en un mecanismo de protocolización basado en la emisión por parte de un órgano jurisdiccional o autoridad competente (previa constatación de su adecuación a Derecho, de una sentencia, resolución o acto auténtico). En segundo lugar, las críticas van dirigidas al hecho de que no hay ningún cauce a través del que se pueda asegurar la adecuación del acuerdo a Derecho²²⁰. Al no exigirse que el mediador sea un jurista, no se puede pretender que éste lleve a cabo los controles jurídicos relativos al acuerdo.

²¹⁹ Critican la ejecución directa de los acuerdos de mediación, tras un análisis de la situación, entre otros, TORRES ESCÁMEZ, S. "Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)" en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 38, 2011; HUALDE MANSO, T. "Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 2, 2012; PÉREZ CEBADERA, M.A. "La ejecutoriedad del acuerdo de mediación" en *Revista de Jurisprudencia, El Derecho*, Nº 2, 2013; y DE LA OLIVA SANTOS, A., "Mediación y justicia: síntomas patológicos" en *Otrosí*, Nº 8, 2011, p.7-13.

²²⁰ En el citado informe del CGPJ se establece textualmente que "*creemos por tanto que el prelegislador no ha acertado al asimilar en sede de ejecución los acuerdos de mediación a los laudos arbitrales, pues es claro que éstos sí gozan del control de fondo que viene dado por la intervención de los árbitros, los cuales son en cualquier caso una instancia decisoria de la controversia. Por el contrario los acuerdos de mediación, que son decididos únicamente por las partes, guardan más similitud a efectos de ejecución con los acuerdos y transacciones alcanzados en el seno del propio proceso*"

3.3. Registro de mediadores y de instituciones de mediación

El Proyecto de Ley del año 2011 dedicaba su artículo 6 al Registro de mediadores y de instituciones de mediación. Lo concebía como un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, de carácter electrónico. En él debían inscribirse los mediadores e instituciones de mediación para poder ejercer la función de mediación²²¹; lo que a su vez servía para que pudieran informar sobre su experiencia, formación y otras circunstancias que se determinen reglamentariamente.

En contraste con ello se encuentra lo dispuesto en la actual Ley de mediación 5/2012. En ésta, se omite toda referencia al Registro de mediadores y de instituciones de mediación, y se sustituye por la constancia de los mediadores en las correspondientes instituciones de mediación.

4. REAL DECRETO LEY DE MEDIACIÓN 5/2012, DE 5 DE MARZO Y LEY DE MEDIACIÓN 5/2012, DE 6 DE JULIO

Tras el frustrado proyecto de Ley del 2011, es el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo el que, si bien tardíamente, da cumplimiento a la obligación de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/52/CE. Ésta debería haber sido transpuesta antes del 21 de mayo de 2011, plazo que al incumplirse llevó a que la Comisión Europea abriera un expediente sancionador a España, y otros ocho Estados miembros más²²². Precisamente este retraso y el evitar las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea, justifican la extraordinaria y urgente necesidad que concurrió para la adopción de esta figura normativa²²³.

²²¹ El artículo 12.d) lo recogía como una de las exigencias para ejercer de mediador, junto a hallarse en pleno disfrute de sus derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delito doloso, estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior, y tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

²²² Junto con España, la Comisión Europea abrió expediente sancionador a República Checa, Francia, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido. Estos ocho países tampoco habían notificado aún a Bruselas las medidas nacionales necesarias para la transposición completa de la Directiva europea.

²²³ Así se establece expresamente en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley.

Por otra parte, el Real Decreto Ley también da cumplimiento a la Disposición Final 3ª de la Ley 15/2005²²⁴, donde se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

Cabe destacar que la elección de esta técnica normativa, permite su posterior tramitación como Proyecto de Ley, posibilitando de tal forma la introducción de novedades y mejoras en el texto inicialmente aprobado. El legislador español se decantó por esta posibilidad, en lugar de la convalidación por el Parlamento del Decreto-Ley, de tal forma que el 6 de julio de 2012 se aprobó la Ley 5/2012, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ésta Ley, que deroga el Real Decreto-Ley 5/2012, tiene un contenido muy similar al mismo, salvo en algunos aspectos que se pondrán de manifiesto en este estudio. Es por ello que el análisis que se va a realizar a continuación sobre la Ley 5/2012, es extensible en términos generales al Real Decreto-Ley.

Lo primero que hay que poner de manifiesto es que, como se verá a continuación, su contenido va más allá de lo contemplado por la Directiva europea, y supone la aparición de una norma general aplicable a las mediaciones civiles y mercantiles que tengan lugar en España, sin perjuicio de la normativa autonómica en materia de mediación familiar. Lo que se persigue es garantizar la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos a través de la promoción de la mediación, teniendo presentes los tres ejes sobre los que ésta se asienta: *desjudicialización*, *deslegalización*, y *desjuridificación*²²⁵.

4.1. Ámbito de aplicación

En lo relativo al ámbito de aplicación ya se encuentra la primera manifestación de que la normativa estatal va más allá de lo establecido por la Directiva. Así, la Ley

²²⁴ Como recordatorio, esta Disposición Final establecía que “*el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas*”.

²²⁵ Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 y, con anterioridad, la del Real Decreto-Ley. Con *desjudicialización* se refiere a *determinados asuntos que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes, que la que podría derivarse de la previsión legal*. La *deslegalización* hace referencia a la *pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto*. Y finalmente, la *desjuridificación* consiste en *no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio*.

5/2012 ha optado por una concepción dualista, aplicándose tanto a las mediaciones transnacionales como a las puramente internas, mientras que la Directiva únicamente se aplicaba a las primeras. No obstante, tal y como establecía su Considerando 8, nada impedía a los Estados miembros extender su aplicación a los conflictos meramente internos, opción finalmente elegida por el legislador español.

El ámbito material de aplicación de la Ley 5/2012 incluye las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la *legislación aplicable*. Al utilizar una expresión similar a la empleada por la Directiva, surge el mismo problema que se destacaba en el estudio de ésta, relativo a cuál es la concreta ley que determina la disponibilidad o no de los Derechos y obligaciones. Para resolver tal controversia habrá que acudir a las normas de Derecho Internacional Privado, que determinarán cuál es la ley aplicable a cada supuesto²²⁶.

Continuando con el ámbito material, quedan excluidas de la aplicación de esta Ley, la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral, y la mediación en materia de consumo. Es necesario matizar que la exclusión de estas materias únicamente es a efectos de la aplicación de esta Ley, no de la mediación en sí²²⁷.

En cuanto al ámbito espacial de aplicación, viene determinado por el hecho de que una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. Además, como muestra de la importancia que la Ley concede a la autonomía de la voluntad, la misma se aplicará también cuando se haya producido sometimiento expreso o tácito a esta Ley, no concurriendo las circunstancias anteriores.

²²⁶ Analiza esta problemática cuestión DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p. 286-289. Con carácter general, véase también PALAO MORENO, G. "El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, N°2, 2012, p.315 a 320, concretamente p. 320, destaca que "*las cuestiones no abordadas por esta nueva normativa se verán reguladas por el sistema general de Derecho Internacional Privado*".

²²⁷ En este sentido se expresan, por ejemplo, COSTAS RODAL, L. "La nueva ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 7, 2012; y MAGRO SERVET, V. "La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*, N° 7852, 2012. Éste último destaca cómo en el ámbito penal se está trabajando en un texto ad hoc para esta materia.

Finalmente, hay que recordar que la Ley 5/2012 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*²²⁸.

4.2. Conflictos transfronterizos

A pesar de que la Ley 5/2012 se aplica tanto a mediaciones internas como transfronterizas, el artículo 3.1 define expresamente cuándo un conflicto es transfronterizo. A efectos explicativos, se puede dividir este artículo en dos partes. Así, la primera de ellas establece lo siguiente:

“Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.”.

Por lo tanto, siguiendo el concepto autónomo establecido por la Directiva, un conflicto será transfronterizo cuando el elemento heterogéneo provenga del domicilio o la residencia habitual de alguna de las partes. Este elemento internacional ha de estar presente en el momento en que las partes acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. De esta forma, si en el momento en que las partes acuerdan acudir a la mediación, tienen el domicilio y la residencia habitual en diferentes Estados, sí que se considerará mediación transnacional. Sin embargo, si en el transcurso del procedimiento de mediación una de las partes traslada su domicilio o residencia habitual a otro Estado, a efectos de la Ley 5/2012, no será una mediación transnacional.

La segunda parte del artículo, incluye un supuesto adicional en que un conflicto tendrá el carácter de transfronterizo. Este nuevo supuesto se refiere a los conflictos en que tras la celebración de la mediación, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o alguna de sus consecuencias se tengan que ejecutar en un Estado distinto. Literalmente, se establece que:

“También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando,

²²⁸ Se publicó en el BOE número 162, el sábado 7 de julio de 2012.

como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”.

Este párrafo no se incluía en el Real Decreto Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sino que es una modificación que se añadió en su tramitación como Proyecto de Ley. Tal y como se explicó en el epígrafe 3, del capítulo 2 de este trabajo, la razón de ser de esta modificación se encuentra en la enmienda número 36, presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia²²⁹, en la que se proponía la inclusión del citado supuesto. Su finalidad era que la ley contemplara la previsión contenida en el artículo 2.2. de la Directiva²³⁰.

Sin embargo, el resultado final no refleja adecuadamente lo que dispone el texto europeo, tal y como resalta ESPLUGUES MOTA, C.²³¹. Ello se debe a que la atribución del carácter transfronterizo se hace con carácter general, mientras que en la Directiva únicamente lo era a efectos de la confidencialidad y de la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción. Además, la Directiva exige que se haya iniciado un procedimiento judicial o un arbitraje en otro Estado miembro distinto del de residencia o domicilio habitual de las partes en el momento en que se acuerde hacer uso de la mediación. Se trata, en consecuencia, por lo tanto de un supuesto de internacionalidad real. Por contra, la Ley 5/2012 se articula sobre unas reglas de atribución de la condición de transnacionalidad diferentes, al bastar con que los pactos “se pretendan ejecutar” en otro Estado. De esta forma, la mera potencialidad ya otorga el carácter de transnacional.

4.3. Plazos de prescripción y caducidad

La Directiva 2008/52 únicamente ordenaba a los Estados miembros que garantizaran que las partes que acudan a la mediación, no se verán impedidas

²²⁹ Información disponible en la página web del Congreso de los Diputados, en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000005*.NDOC.%29 Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Número 6-7, 24 de mayo de 2012.

²³⁰ Como ya se ha visto, establece que “no obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c)”

²³¹ Véase ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 136, 2013, p. 165-199, concretamente p. 179-181.

posteriormente para iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio, por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.

Este mandato lo ha acatado el legislador español a través del artículo 4 de la Ley 5/2012. En él establece la suspensión de la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en que conste la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, o su depósito ante la institución de mediación. El proceso se mantendrá suspendido hasta la fecha en que se firme el acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o la terminación de la mediación por el resto de causas previstas en la Ley. No obstante, el cómputo de los plazos se reanudará si, en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, no se firmara el acta de la sesión constitutiva que prevé el artículo 19 de la Ley.

Como se puede observar, la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, aparece unida a la duración de la mediación. Llama la atención que, a diferencia del criterio adoptado por los legisladores autonómicos, el legislador estatal no establece un plazo máximo de duración del proceso de mediación. La única referencia a ello se encuentra en el artículo 20 donde se establece que “*la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*”. Ello supone, por un lado, un máximo respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, por otro lado, puede ocasionar prácticas dilatorias, las cuales se podrán remediar mediante la posibilidad de que el mediador intervenga poniendo fin al proceso de mediación²³².

4.4. Tratamiento de la voluntariedad y la confidencialidad

Los principios informadores de la mediación que recoge la Ley 5/2012 son la voluntariedad y libre disposición, la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, la neutralidad, y la confidencialidad. Además, el proceso de mediación

²³² Véase al respecto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. "Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Civil*, N° 21-22, tomo 2, 2012, especialmente p. 9-11. La autora pone de manifiesto que, con la intervención del mediador “*se abandona la solución de cada caso a la decisión del mediador, lo cual, además de ser contrario también al principio de autonomía de la voluntad de las partes, puede generar situaciones y soluciones muy divergentes*”. Por ello entiende que “*el establecimiento de un plazo constituye un límite aceptable*” a la autonomía de la voluntad de las partes.

también se guiará por las reglas de la buena fe y el respeto mutuo entre las partes, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador

A lo largo del presente estudio ya se han analizado todos ellos, por lo que ahora únicamente se trata de hacer hincapié en algunos aspectos controvertidos de dos de estos principios: el de voluntariedad y el de confidencialidad.

4.4.1. La voluntariedad de la mediación: contraste con el Proyecto de 2011

A lo largo de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, son varias las ocasiones en las que se hace referencia al principio de voluntariedad como una de las bases sobre las que se asienta la mediación²³³. En consonancia con ello, el artículo 6 establece que “*la mediación es voluntaria*”. De esta forma, con la Ley 5/2012 se pone fin a la polémica mediación obligatoria que recogía para ciertos supuestos el Proyecto de Ley de Mediación, de 39 de abril de 2011²³⁴. De esta forma se elimina cualquier tipo de mediación preceptiva, como requisito previo para poder acceder a los Tribunales.

Pese a ello, merece especial consideración la posibilidad introducida por la Ley 5/2012 relativa a que el tribunal “invite” a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Esta “invitación” por parte del tribunal no la contemplaban ni el Proyecto de Ley del año 2011, ni el Real Decreto-Ley 5/2012. La misma surge en la Ley 5/2012 a través de las modificaciones realizadas sobre el artículo 414.1 LECiv., en lo que se refiere la audiencia previa, y 440.1 y 443.3 LECiv., en cuanto al juicio verbal²³⁵. Dichas modificaciones tienden a la promoción de la mediación, fomentando un mejor conocimiento de la misma por las partes en el proceso a través de dos vías²³⁶.

²³³ Por ejemplo, se establece que “*el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes*” o que “*el régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes*”.

²³⁴ En este sentido véase, entre otros, MARCOS FRANCISCO, D. "Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Civil*, N° 15-16, 2012, especialmente p. 2-3. La autora comenta esta nueva postura del legislador español, comparándola con la anterior, y analizando si ésta podía calificarse como inconstitucional, tal y como defendían algunos autores, o no.

²³⁵ Véase la Disposición final tercera, puntos diez, trece y catorce, de la Ley 5/2012.

²³⁶ El artículo 414.1 LECiv. establece con respecto a la audiencia previa, lo mismo que el art. 440.1 y 443.3 en lo relativo al juicio verbal. Para ver la forma en que dichos artículos han sido modificados, basta como ejemplo observar la redacción del artículo 414.1 tras las transformaciones, que es la siguiente:

La primera de ellas consiste en que tanto en el momento de la convocatoria de la audiencia previa, como en la citación para la vista en el juicio oral, se informe a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación, incluida la mediación. En ambos supuestos, las partes están obligadas a comunicar en la audiencia su decisión al respecto y las razones de las mismas.

La segunda vía, es la posibilidad de que el tribunal inste a las partes a que asistan a una sesión informativa de mediación, con anterioridad a la audiencia previa del juicio ordinario y a la vista del juicio verbal. Para ello el tribunal, ha debido atender al objeto del proceso, y decidir finalmente que en el caso concreto sería posible y adecuada la obtención de un acuerdo. Atendiendo al tenor literal del verbo “instar” éste indica que la asistencia a dicha sesión informativa no tiene carácter obligatorio para las partes, por lo que en principio podrían rehusar la invitación del tribunal sin repercusión procesal alguna²³⁷. No obstante, desde algunos sectores de la doctrina y de la práctica jurídica, se ha puesto de manifiesto la necesidad de realizar un completo desarrollo reglamentario al respecto, que dote de contenido y eficacia esta derivación intraprocesal a la mediación²³⁸. Por otro lado, también hay quien defiende que habría que plantearse si el acudir a la sesión informativa es, al menos, un deber de orden público sin que ello afecte al principio de voluntariedad de la mediación²³⁹. Desde esta perspectiva, dicho

“En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”.

²³⁷ Realiza un análisis de las modificaciones introducidas en los citados artículos de la LECiv. por la Ley 5/2012, UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia" en *Diario La Ley*, N° 7996, 2013, especialmente p. 8-9.

²³⁸ Véase MAGRO SERVET, V. "Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España" en *Diario La Ley*, N° 7951, 2012, concretamente p. 8-9.

²³⁹ Al respecto véase GONZÁLEZ MARTÍN, L.A. "Aspectos procesales de la Ley de Mediación" en *Iuris*, N° 183, 2013, concretamente p. 8-11. En este artículo, el autor defiende también que la negativa de las partes a acudir a la sesión informativa de mediación, podría entenderse como un acto de mala fe a efectos de la condena en costas. Queda clara dicha postura en el siguiente párrafo: “en la Ley de Mediación se alude a la buena fe como paradigma del comportamiento de las partes; en este sentido, si uno de los litigantes conoce sobradamente de la improcedencia de su reclamación y, aun así, mantiene su demanda o su oposición a pesar de las posibilidades que se le ofrezcan para llegar a un acuerdo, bien por la vía de la solución pacífica de su conflicto en un proceso de mediación o por la conciliación judicial que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, sería una actuación de mala fe. Entendemos que una postura en la que una de las partes reiteradamente hace caso omiso al ofrecimiento de resolución

principio comprendería la negativa de cualquiera de las partes a continuar en un proceso de mediación, pero tras haber asistido a la sesión informativa. Ello desembocaría de nuevo en el debate acerca de si nuestro ordenamiento jurídico debe incluir supuestos de mediación obligatoria, pudiendo ser este uno de ellos, o no.

Finalmente, cabe destacar como último elemento controvertido en la Ley 5/2012, en relación con el principio de voluntariedad, la existencia de pactos de sumisión a la mediación. Dichos pactos son recogidos por el artículo 6.2, que establece:

“Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”

Del tenor literal del citado artículo, puede dar la impresión de que los pactos de mediación gozan de efecto obligatorio para las partes, de tal forma que sea necesario el intento de la mediación, con anterioridad de acudir a la jurisdicción. Sin embargo, ello no es así, los pactos de mediación carecen de efecto obligatorio para las partes. Esta solución se deduce de lo establecido en el artículo 10.2. y va en consonancia con el principio de voluntariedad. Así, para que estos pactos tengan efectos sobre el proceso es necesario que consten por escrito, que la mediación ya haya comenzado, y que se invoque mediante declinatoria²⁴⁰.

4.4.2. Extensión del principio de confidencialidad

Se trata de un principio que ya recogía la Directiva 2008/52/CE, pero que la Ley 5/2012 ha ampliado. De esta forma, en el texto europeo únicamente se establecía la obligación de los Estados miembros de garantizar la confidencialidad respecto de los mediadores y las personas que participan en la administración del procedimiento de

pacífica del conflicto y no atiende la sensata oferta de transacción que se le hace por la contraria, pudiera ser claramente contraria a los principios de la buena fe, puesto que tiende a abusar del proceso, por lo que cabría imponer las costas con expresa declaración de mala fe y temeridad”.

²⁴⁰ Ello se extrae del artículo 10.2 de la Ley 5/2012. Además, al respecto véase LÓPEZ JARA, M. "Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*, Nº 7857, 2012, especialmente p. 5-6; PALAO MORENO, G. "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012" en *Diario La Ley*, Nº 7847, 2012, concretamente p. 6; y UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia" en *Diario La Ley*, Nº 7996, 2013, concretamente p. 3-4.

mediación. Por contra, la ley nacional extiende el deber de confidencialidad, además de al mediador y a las instituciones de mediación, a las partes intervinientes²⁴¹.

También se puede apreciar una distinción en comparación con lo establecido en el Real Decreto-Ley 5/2012, y es que la Ley 5/2012 se refiere expresamente al secreto profesional por el que quedará protegido el mediador, mientras que el Decreto-Ley no lo hacía. Por lo demás, se mantienen las excepciones al principio de confidencialidad cuando las partes de manera expresa y por escrito así lo hayan pactado, y cuando mediante resolución judicial motivada sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal²⁴².

4.5. Ejecución de los acuerdos resultantes de una mediación. Especial referencia a los acuerdos transfronterizos

La ejecución de los acuerdos resultantes de mediación es una cuestión esencial, susceptible de determinar el éxito de la mediación, o su fracaso. La Directiva, al ser una normativa de mínimos, únicamente establece que los Estados han de garantizar que el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo, si lo solicitan las partes, en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. El Proyecto de Ley de mediación del año 2011, tal y como se ha analizado, confería al acuerdo resultante de un proceso de mediación la fuerza de cosa juzgada entre las partes, como si de una sentencia judicial firme se tratase.

Ello generó una gran polémica y despertó numerosas críticas en contra de la atribución de fuerza ejecutiva directa a estos acuerdos de mediación. Así, en la Ley 5/2012 se observa un cambio de criterio, estableciendo la posibilidad de que el acuerdo adquiriera el carácter de título ejecutivo en España mediante su elevación a escritura pública o su homologación judicial²⁴³. De la regulación de la ejecución de los acuerdos resultantes de mediación, se ocupan los artículos 25, 26 y 27. En ellos se distingue entre tres tipos de acuerdos:

²⁴¹ Véase el artículo 9 de la Ley 5/2012.

²⁴² Las excepciones previstas por la Directiva diferían de las contenidas por la norma nacional. Así, además del acuerdo entre las partes, se incluía la excepción por razones imperiosas de orden público, y cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante fuera necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo (artículo 7).

²⁴³ En relación con la ejecución de los acuerdos de mediación tras la Ley 5/2012 véase el trabajo de PÉREZ CEBADERA, M.A. "La ejecutoriedad del acuerdo de mediación" en *Revista de Jurisprudencia, El Derecho*, Nº 2, 2013,

- Los “acuerdos internos”²⁴⁴. Para la formalización en España de los acuerdos resultantes de mediación, las partes intervinientes en la misma, podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado. Para ello deben presentar dicho acuerdo, junto con la copia de las actas de sesión constitutiva y final del procedimiento ante un notario. Éste verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 5/2012 y que su contenido no es contrario a Derecho²⁴⁵. Conviene prestar atención a la expresión “contrario a Derecho” pues, como se verá más adelante, puede traer problemas conflictuales desde una perspectiva internacional privatista.

El legislador establece una primera especialidad para la formalización de los acuerdos resultantes de una mediación desarrollada en el marco de un proceso judicial. Así, si el acuerdo se hubiera alcanzado en una mediación realizada con posterioridad al inicio de un proceso judicial, las partes podrán solicitar al tribunal su homologación²⁴⁶.

Una vez resuelto esto, se plantea la cuestión de qué tribunal será competente para la ejecución de los acuerdos de mediación. Aquí de nuevo se distingue entre los resultantes de una mediación desarrollada en el marco de un proceso judicial, y los que no. Así, la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso, se instará ante el tribunal que los homologó. Por otro lado, para la ejecución de los acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación ajeno al proceso, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

- Los acuerdos que han de ejecutarse en otro Estado. El artículo 25.3 hace referencia al supuesto de que un acuerdo deba ejecutarse en otro Estado. Para estos casos, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las

²⁴⁴ A estos efectos se entiende por “acuerdo interno” aquel del que se pretende su formalización como título ejecutivo y su ejecución en España.

²⁴⁵ En cuanto al hecho de que sea un notario el que verifique que el acuerdo cumple con los requisitos establecidos en la Ley y que su contenido no es contrario a Derecho, se pronunció el Consejo General de la Abogacía Española. El Consejo entiende que ello no garantiza de forma absoluta que el acuerdo sea conforme a Derecho, y por ello defienden que lo mejor sería que fuese un abogado quien redactase el acuerdo, garantizando ya desde su redacción la adecuación a Derecho, sin exigir la carga de su protocolización. Véase el Informe 3/2012 de la comisión Jurídica del consejo General de la Abogacía Española sobre el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, concretamente p.55-60.

²⁴⁶ Sobre la peculiaridad de los acuerdos de familia, que por el carácter indisponible de la materia necesitan de homologación judicial, véase UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia" en *Diario La Ley*, Nº 7996, 2013, especialmente p. 7-8.

normas de la Unión Europea. Tal y como ponen de manifiesto CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.²⁴⁷, este precepto carece de significado, ya que cuando a las autoridades extranjeras se les plantee la ejecución de una escritura pública española, aplicarán su Derecho Internacional Privado.

- Los acuerdos de mediación transfronterizos. Para este tipo de acuerdos el legislador establece unas normas especiales, distinguiendo en primer lugar si el acuerdo de mediación ya ha adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado, o no. Si se trata de un acuerdo que ha adquirido tal fuerza ejecutiva en otro Estado, sólo podrá ejecutarse en España cuando la misma derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas. Todo ello sin perjuicio de lo que dispongan los convenios internacionales vigentes en España y la normativa de la Unión Europea. Por el contrario, si se trata de un acuerdo que no ha sido declarado ejecutable por autoridad extranjera, para ser ejecutado en España deberá elevarse a escritura pública por notario español. En cualquier caso, se introduce una cláusula de orden público, de tal forma que no podrá ejecutarse ningún documento extranjero que resulte manifiestamente contrario al orden público²⁴⁸.

Como consecuencia de estos preceptos, la Ley 5/2012 ha modificado varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LECiv.). Entre ellos destacan el artículo 517.2.2, que reconoce el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación elevado a escritura pública, y el 518, en cuanto a la caducidad de la acción ejecutiva²⁴⁹.

Esta nueva regulación de la ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación, también ha recibido críticas. La mayoría de ellas provienen de la necesidad de que sean las partes, o una de ellas con el consentimiento de las demás, las que eleven el acuerdo a escritura pública. De esta forma, si no se eleva a escritura pública el acuerdo, y la parte obligada a su cumplimiento no lo hace, para lograr su cumplimiento

²⁴⁷ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.155 a 161, concretamente p. 160.

²⁴⁸ Véase PALAO MORENO, G. "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012" en *Diario La Ley* Nº 7847, 2012, concretamente p.8. En dicho trabajo plantea el interrogante de si la autoridad española podría controlar el carácter disponible de la materia que se hubiera mediado en otro país, cuando se le solicitara dicha ejecución. La Ley 5/2012 omite toda referencia al respecto, de tal forma que únicamente quedaría *el eventual – problemático y algo forzado- recurso de acudir a los principios de orden público*.

²⁴⁹ Los preceptos que se modificaron de la LECiv. en lo relativo a la ejecución fueron el art. 517.2.2, art. 518, art. 539.1, art. 545.2, art. 548, art. 550.1.1, art. 556, art. 559.1.3, art. 576.3 y art. 580. Realiza un análisis de las principales modificaciones GONZÁLEZ MARTÍN, L.A. "Aspectos procesales de la Ley de Mediación" en *Iuris*, Nº 183, 2013, p. 11-14.

habrá que acudir a presentar una demanda de reconocimiento del acuerdo de mediación²⁵⁰.

4.6. Otras disposiciones contenidas en la Ley 5/2012

Hasta aquí se han analizado algunos de los puntos más relevantes de la Ley estatal de mediación. No obstante, conviene destacar que el contenido de la misma es más amplio. Así por ejemplo, la ley también dedica atención a las siguientes materias:

- El estatuto del mediador. La Directiva 2008/52, al ser una norma de mínimos, no se ocupaba de su regulación, sino que únicamente se establecía que su formación debe ser inicial y continua²⁵¹. Por lo tanto se trata de una materia que se deja a la discrecionalidad de los Estados miembros. El legislador español le dedica el título III entero, bajo la rúbrica de “estatuto del mediador”.

Del contenido de los cinco artículos que lo componen, cabe destacar que las condiciones para ejercer como mediador son: que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, que esté en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y cuente con formación específica para ejercer la mediación, y que haya suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga. Como se puede observar, en el artículo 11.2 no se establece qué concreta titulación universitaria o de formación superior ha de tener, ni en qué consiste exactamente la formación específica de mediación. Ello ha ocasionado numerosas dudas entre la doctrina²⁵², a la espera del futuro desarrollo reglamentario²⁵³.

²⁵⁰ En este sentido véase MAGRO SERVET, V. "Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España" en *Diario La Ley*, Nº 7951, 2012

²⁵¹ Así, su artículo 4.2. establece que “*los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes*”.

²⁵² Véase por ejemplo MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. "Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Civil*, Nº 21-22, tomo 2, 2012, especialmente p. 6-9; y MARCOS FRANCISCO, D. "Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Civil*, Nº 15-16, 2012, concretamente p. 4-5.

²⁵³ La propia Disposición final octava de la Ley 5/2012 prevé la posibilidad de que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, desarrolle reglamentariamente “*la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir*”.

En este sentido, cabe destacar la novedosa Orden de 16 de mayo de 2013²⁵⁴, por la que se establecen los contenidos mínimos de la formación específica de las personas mediadoras, en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En ésta orden se concreta la formación específica y continua que deberán poseer los mediadores para ejercer como tales en Andalucía. En lo relativo a la formación específica en materia de mediación, la concreta en un curso de un mínimo de 300 horas, de las cuales 60 tendrán carácter práctico. En cuanto a la formación continua, tendrá un carácter trienal y consistirá en 60 horas acumulables en materia de mediación familiar.

Finalmente, la Orden recoge un Anexo con los boques temáticos que deberán contener como mínimo los cursos de formación específica. Entre ellos, hay un bloque relativo a los aspectos jurídicos de los conflictos familiares, donde es relevante fijar la atención en que se hace referencia expresa al secuestro parental. De esta forma, se asegura la formación de los mediadores en el complicado, y tristemente actual, fenómeno de la sustracción de menores. Ello pone de manifiesto el importante papel que está llamada a desempeñar la mediación en estos supuestos, especialmente en su dimensión internacional²⁵⁵.

En relación con la necesidad de que los mediadores suscriban un seguro de responsabilidad civil, el art. 14 establece que los mismos serán responsables por los daños y perjuicios que causaren si no cumplieran fielmente con su encargo de mediación. Las instituciones de mediación también serán responsables por la designación del mediador o el incumplimiento de las obligaciones que les incumben.

Finalmente, dentro del título relativo al estatuto del mediador, el artículo 15 hace referencia a los costes de la mediación. Ahí se establece que, salvo pacto en contrario, se dividirá por igual entre las partes. También se permite a los mediadores y a

²⁵⁴ Véase la Orden de 16 de mayo de 2013, por la que se establecen los contenidos mínimos de la formación específica de las personas mediadoras, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de 22 de mayo de 2013.

²⁵⁵ Muestra de ello es que raíz de la Directiva 2008/52/CE, tres instituciones europeas Child Focus (Bélgica), la Universidad Católica de Lovaina (KU Leuven) y la ONG Alemana MIKK (Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten), con el apoyo del Centro holandés para casos de Sustracción Internacional de Menores, han creado un programa unificado de formación en mediación familiar internacional. Este proyecto ha sido cofinanciado por la Comisión Europea, que trata de combatir la sustracción de menores, a través de esta red de mediadores familiares internacional. Para más información véase: <http://www.diariojuridico.com/actualidad/noticias/bruselas-impulsa-un-ambicioso-proyecto-de-crear-una-red-de-mediadores-familiares-internacionales-en-conflictos-de-sustraccion-de-menores.html>

la institución de mediación, que exijan a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria.

- El procedimiento de mediación. Se trata de otra materia que la Directiva, al ser una norma de mínimos, no regulaba. El legislador español le dedica el título IV, que comprende los artículos 16 a 24. A lo largo de dichos preceptos se regulan las distintas fases del proceso de mediación, que son: la solicitud de inicio, la información y las sesiones informativas, la sesión constitutiva, las sesiones en que se desarrollen las actuaciones de mediación, y el fin del procedimiento.

Éste puede finalizar con acuerdo, o sin él, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminada la mediación, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión²⁵⁶. Si finalizara mediante acuerdo, éste puede ser total, si recae sobre todas las materias sometidas a mediación, o parcial, si únicamente versa sobre alguna de ellas. Hay que destacar que la ley establece que contra lo convenido en el acuerdo únicamente podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos²⁵⁷.

Por último, mencionar que el artículo 24 de la Ley de Mediación también recoge la posibilidad de que las partes acuerden que todas o alguna de las actuaciones de mediación, se lleven a cabo por medios electrónicos²⁵⁸. Esta posibilidad la eleva al grado de preferencia cuando se trata de reclamaciones de cantidad que no excedan los 600 euros, siempre que el empleo de estos medios sea posible para todas las partes.

²⁵⁶ Se ocupa de la terminación del procedimiento el artículo 22, y del contenido mínimo del acuerdo de mediación el artículo 23.

²⁵⁷ Así lo establece el artículo 23.4. De esta forma está remitiendo al régimen contenido en el Código Civil en materia contractual.

²⁵⁸ Sobre la mediación desarrollada a través de medios electrónicos véase el trabajo de SANZ PARRILLA, M. "El uso de medios electrónicos en la mediación" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p.437-451; y GARCÍA FERNÁNDEZ, M^a.A. "Mediación on-line: pasado y presente de esta institución" en *Diario La Ley*, N^o 8048, 2013.

V. PROBLEMAS CONFLICTUALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Hasta el momento se ha analizado cómo está regulada la institución de la mediación tanto en el ámbito europeo, como en el ordenamiento jurídico español. Así, a través del análisis de la Directiva 2008/52/CE y de la Ley 5/2012 de mediación, se han puesto de manifiesto los principales problemas materiales que se plantean. Sin embargo, en un proceso de mediación se pueden presentar también numerosos problemas conflictuales, que afectan a los tres sectores del Derecho Internacional Privado: la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras.

Como se ha podido observar, tanto la Directiva como la Ley de Mediación estatal, tratan de establecer unos principios mínimos aplicables a todo proceso de mediación, garantizando fundamentalmente la correcta interrelación entre aquél y el proceso judicial, y la posterior ejecución del acuerdo resultante. Por el contrario, no prestan la suficiente atención a las especificidades y complejidad de los procesos de mediación transfronterizos, en relación con el ámbito internacional privatista²⁵⁹. A modo de ejemplo, no se responde a preguntas tan importantes en estos supuestos como ¿cuál es la ley aplicable al contrato de mediación? ¿y al acuerdo resultante de un proceso de mediación? ¿puede conjugarse la aplicación de varias leyes? ¿ante qué tribunales se puede exigir el cumplimiento del mismo?

En consecuencia, para resolver todos estos problemas conflictuales no abordados ni por la Directiva europea, ni por la Ley 5/2012, habrá que acudir al sistema general de Derecho Internacional Privado²⁶⁰. Ello incluye tanto el Derecho

²⁵⁹ Baste como ejemplo que la Directiva 2008/52/CE únicamente se refiere a los instrumentos de Derecho Internacional Privado en tres ocasiones, todas ellas en materia de ejecutividad de los acuerdos de mediación. Así, en el Considerando 19 se refiere al Derecho Internacional Privado de los Estados miembros como justificante para negar la ejecución de un acuerdo de mediación, cuyo contenido sea contrario a aquél. Por otro lado, los Considerandos 20 y 21, establecen que el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro, de un acuerdo ejecutivo en otro Estado, debe realizarse conforme a la legislación comunitaria o nacional aplicable. En este contexto, se refiere expresamente al Reglamento 44/2001 (Bruselas I) y al reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis).

²⁶⁰ En este sentido PALAO MORENO, G. "El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, Nº2, 2012, p.315 a 320, concretamente p. 320, destaca que "las cuestiones no abordadas por esta nueva normativa se verán reguladas por el sistema general de Derecho Internacional Privado".

Internacional Privado europeo, como el español, e incluso el Derecho Interregional, dependiendo del supuesto de que se trate.

Resulta necesario realizar una última matización previa. Si bien la Directiva y la Ley 5/2012 sólo contemplan como mediación transfronteriza aquella en que los elementos heterogéneos son la residencia o el domicilio habitual de las partes, una mediación puede ser internacional debido a la presencia de otros elementos heterogéneos distintos de aquellos. De esta forma, el recurso a las normas de Derecho Internacional Privado no se va a restringir únicamente a las mediaciones transfronterizas, sino que también será necesario en relación con los procesos de mediación en que confluya algún elemento de internacionalidad, o heterogeneidad, sea cual sea éste.

Como se ha señalado, los problemas conflictuales pueden surgir en relación con los tres sectores del Derecho Internacional Privado. Es por ello que a continuación se hará una pequeña aproximación, en primer lugar, a los problemas que se pueden plantear respecto a la competencia judicial internacional, posteriormente a los relativos a la ley aplicable, y para finalizar a la complicada cuestión de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras.

1. PROBLEMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La primera cuestión a abordar ante una relación privada internacional, es la competencia judicial internacional. Este sector se ocupa de determinar si los órganos jurisdiccionales y demás autoridades de un Estado son competentes para conocer de un concreto asunto²⁶¹. De esta forma, cuando surge un conflicto en el marco de una relación internacional privatista, lo primero que hay que resolver es ante qué tribunales pueden acudir las partes para solucionar dicho conflicto, o si ya se hubiera planteado una demanda ante un concreto tribunal, si éste es o no competente.

El objeto de la mediación es que las partes resuelvan por sí mismas sus conflictos, sin necesidad de acudir a los tribunales. Sin embargo, tal y como se ha podido observar, la interacción entre el proceso de mediación y el procedimiento

²⁶¹ Véase, entre otros, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Derecho Internacional Privado, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, concretamente p. 125 y siguientes.

jurisdiccional puede darse en diversas ocasiones²⁶². Esta interacción da lugar a que se puedan plantear diversos problemas de competencia judicial internacional en el marco de una mediación internacional. A continuación se van a apuntar algunos de ellos.

1.1. Tribunal competente para solicitar la ejecución de un acuerdo extranjero en España.

Uno de los principales problemas que se plantean en este sector de la competencia judicial internacional es determinar qué tribunal es competente para ejecutar los acuerdos de mediación cuando estos han sido acordados en el extranjero y se pretenden ejecutar en España.

La Ley 5/2012 dedica su artículo 26 a la determinación del tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación. No obstante, en este precepto únicamente se establecen cuáles serán los tribunales competentes respecto de dos situaciones. La primera de ellas es la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso, en cuyo caso el tribunal competente será aquel que homologó el acuerdo. La segunda, se refiere a los acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación, para cuya ejecución será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

Como se puede observar, a través de esta norma se están determinando qué concretos tribunales españoles serán competentes para conocer de la ejecución de un acuerdo de mediación. Esto es, lo que establece el artículo 26 es la competencia territorial interna de los tribunales españoles, no la competencia judicial internacional de los mismos²⁶³. Por lo tanto, este precepto no da solución a los supuestos en que los acuerdos hayan sido firmados u homologados en el extranjero y pretendan ejecutarse en

²⁶² Tal y como se ponía de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Directiva 2008/52/CE, pueden darse tres situaciones: las partes consideran recurrir a la mediación inmediatamente después del surgimiento del conflicto, pero no alcanzan un acuerdo, y posteriormente se incoa el proceso civil; si se alcanza un acuerdo a través de mediación pero una de las partes lo incumple, y por lo tanto se incoa un proceso civil; o si las partes incoan inmediatamente tras el surgimiento de la disputa un proceso civil, sin haber considerado todavía la posibilidad de mediación

²⁶³ No hay que confundir competencia judicial internacional con competencia interna. La primera es la capacidad de los órganos jurisdiccionales de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de los litigios derivados de situaciones privadas internacionales. Por contra, la competencia interna es la atribución del conocimiento de un asunto concreto a un determinado órgano jurisdiccional.

España, lo que llevará a la aplicación de las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado²⁶⁴.

1.2. Tribunal competente para conocer de los conflictos surgidos en cuanto al contrato de mediación

Otro importante problema que puede surgir en el seno de una mediación internacional, está relacionado con el contrato de mediación. Aquí cabe distinguir entre el contrato de mediación entre las partes y el mediador, y el contrato inter partes²⁶⁵.

1.2.1. El contrato de mediación celebrado entre las partes y el mediador

Éste es el contrato plurilateral suscrito entre las partes en conflicto, y el mediador o la institución de la mediación. A través de él, el mediador se compromete a prestar los servicios propios de la mediación, tales como los servicios básicos de información, orientación y asistencia, sin la posibilidad de imponer una solución a las partes. Se trata de una obligación de medios, el mediador ha de dirigir y organizar el procedimiento de mediación, con independencia de que finalmente las partes alcancen un acuerdo o no. En contraprestación, éstas se obligan a retribuir los servicios del mediador.

El problema de competencia judicial se plantea cuando, en una mediación internacional, surge un conflicto en torno a dicho contrato. En estos supuestos, ¿qué tribunales serán los competentes para conocer del mismo? Se trata de un aspecto del que ni la Directiva 2008/52/CE, ni la Ley 5/2012 se ocupan. Ello ocasiona que haya que acudir, de nuevo, a los instrumentos pertinentes de Derecho Internacional Privado. Concretamente, si fuera aplicable el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, habría que acudir al Reglamento Bruselas I.

²⁶⁴ Véase YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 23, junio 2012, concretamente p. 25-26. En este trabajo el autor destaca el silencio del Real Decreto-Ley 5/2012 en relación con esta importante cuestión. Por ello entiende que "la solución más razonable sería la aplicación, con las adaptaciones precisas, de los criterios de atribución de competencia para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales contenidos en los principales instrumentos comunitarios".

²⁶⁵ Realiza un magnífico análisis de ambos instrumentos, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.155 a 161, concretamente p. 160.

En este marco, adquiere gran relevancia la calificación que se realice del contrato de mediación, y es que a la hora de determinar la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I establece diferentes soluciones en función del tipo contractual de que se trate.

Ello supone un problema ya que, aunque existe consenso entre la doctrina en cuanto a que se trata de una relación jurídica contractual, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1255 CC (en lo referente al Derecho Internacional Privado español)²⁶⁶, no existe dicho consenso en lo relativo a la calificación de la naturaleza jurídica de este contrato²⁶⁷. Ni la Directiva 2008/52/CE, ni la Ley 5/2012 aclaran tal punto. No obstante, por las características enunciadas, y siguiendo la opinión de una parte mayoritaria de la doctrina, se podría calificar como un contrato de prestación de servicios²⁶⁸. Si se entendiera así, sería de aplicación el artículo 5.1.b del Reglamento Bruselas I, que determina la competencia de los tribunales del Estado miembro en que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

1.2.2. El contrato de mediación inter partes

Se entiende por tal, aquel contrato suscrito entre las partes implicadas en el conflicto, por el cual se comprometen a seguir un proceso de mediación, con la finalidad de alcanzar una solución a su conflicto.

Respecto a este contrato, se plantea el mismo problema que con el anterior, en relación con los tribunales que serán competentes para conocer de un litigio que se plantee sobre dicha relación contractual. De nuevo, ni la Directiva ni la Ley 5/2012 se ocupan de ello, por lo que será necesario acudir al sistema de Derecho Internacional Privado. Si fuera aplicable el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, habría que acudir al Reglamento Bruselas I, y habría que determinar el tipo contractual

²⁶⁶ Véase al respecto ALEMÁN MONTERREAL, A. "La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el anteproyecto y en el proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles" en LÓPEZ SAN LUIS, R. (coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, 2011, p. 217-239

²⁶⁷ Así por ejemplo, DE LA TORRE OLID, F. "Notas para una ley de mediación familiar de la región de Murcia" en *Actualidad Civil*, Nº 3, 2008, p. 15-17. El autor analiza el contrato de mediación y considera que se trata de un contrato especial, con caracteres particulares, pero notas comunes con los contratos de servicios, de mandato, de sociedad y de transacción.

²⁶⁸ En este sentido véase ÁLVAREZ MORENO, M.T. "La mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Poder Judicial*, Nº 77, 2004, p. 243 a 304, concretamente p. 274-275; y CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.155 a 161, especialmente p. 160; y OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. "The Law Applicable to International Mediation Contracts" en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1, 2011, especialmente p. 3.

de que se trate. Cuestión complicada, pues no es un contrato de prestación de servicios y debe recibir su propia calificación.

1.3. Tribunal competente para conocer de la nulidad del acuerdo que pone fin a la mediación

En este sector relativo a la competencia judicial internacional, pueden surgir también problemas cuando, finalizada la mediación mediante acuerdo, una de las partes quiere interponer una acción de nulidad contra el contenido de lo acordado. En este supuesto, ¿cuáles serían los tribunales competentes para conocer de la demanda?

Si se acude a la regulación contenida en la Directiva 2008/52/CE, en ella se omite toda referencia a esta cuestión. En el ámbito estatal, la Ley 5/2012 de Mediación se refiere expresamente a la acción de nulidad en su artículo 23.4. En él se establece que contra lo contenido en el acuerdo resultante de la mediación, únicamente podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Sin embargo, no se pronuncia acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Por lo tanto, para resolver esta problemática será necesario acudir a las normas de Derecho Internacional Privado pertinentes, relativas a la nulidad de los contratos.

1.4. Tribunal competente en relación con las medidas cautelares

El artículo 10 de la Ley 5/2012 impide que durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes puedan ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto. Sin embargo, sí que se permite la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. En el contexto de una mediación internacional, habrá que acudir al sistema general de Derecho Internacional Privado para determinar qué tribunal tiene competencia para decidir sobre las mismas, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

2. PROBLEMAS DE LEY APLICABLE

Una vez determinada la competencia de los tribunales para conocer de una concreta relación internacional privada, el siguiente problema que se plantea es el correspondiente al segundo sector del Derecho Internacional Privado: la determinación de la ley aplicable al conflicto. Este sector se ocupa de determinar el “régimen jurídico sustancial” de las relaciones privadas internacionales, lo que se concreta en decidir cuál es la ley es aplicable a tal situación²⁶⁹.

Se trata de una materia de gran importancia puesto que, como ya se adelantó al exponer el valor en la mediación de la autonomía de la voluntad, ésta se va a ver limitada por la posibilidad real que las partes tienen de elegir la ley aplicable y por la obligación, en muchas ocasiones, de someter a una ley concreta el contenido del acuerdo de mediación. A pesar de su importancia, la Directiva 2008/52/CE no dedica ninguno de sus preceptos a estos problemas que se pueden presentar en el marco de una mediación internacional. Por ello, para resolverlos será necesario acudir al sistema de Derecho Internacional Privado. En los siguientes epígrafes se van a resaltar los principales problemas que pueden surgir en el seno de una mediación internacional, en relación con la ley aplicable.

2.1. Ley aplicable al fondo y a la forma del contrato de mediación

Se va a distinguir, igual que en materia de competencia judicial internacional, entre el contrato de mediación entre las partes y el mediador, y el contrato inter partes.

2.1.1. El contrato de mediación celebrado entre las partes y el mediador

Para determinar cuál es la ley aplicable a este contrato, en el supuesto de que fuera aplicable el Derecho Internacional de la Unión Europea, ello nos llevaría a la aplicación del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I)²⁷⁰.

²⁶⁹ Proporciona una completa información acerca de este sector del Derecho Internacional Privado, entre otros, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ªed., Comares, 2012-2013, p.305 y siguientes

²⁷⁰ Hay que destacar que, tal y como establece su artículo 1, este Reglamento se aplica a todas las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, que impliquen un conflicto de leyes. Ello significa que será aplicable por ejemplo, en el supuesto de un contrato en principio interno, pero en el cual se inserta una cláusula de sumisión a una ley extranjera.

En lo relativo a determinación de la ley aplicable al fondo del contrato, adquiere relevancia la calificación que se realice del contrato, puesto que el Reglamento Roma I también establece distintas soluciones en función del tipo de contrato de que se trate. Al entenderse que es un contrato de prestación de servicios (calificación como se ha visto referida en el ámbito de la interpretación doctrinal internacional), el fondo del contrato se regirá en primer lugar por la ley elegida por las partes, en los términos establecidos en el artículo 3, o en su defecto, por la ley del país de residencia habitual del prestador de servicios, es decir, del mediador (art. 4.1.b)²⁷¹. Cabe destacar que aunque se hubiera introducido en el contrato una cláusula de sumisión a una determinada ley, el artículo 3 recoge unas reglas para evitar la realización de conductas fraudulentas. Según estas reglas, en determinados supuestos, aunque las partes hayan pactado la sumisión a una concreta ley, serán aplicables las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo, de la ley que hubiera sido aplicable en defecto de pacto²⁷².

En lo que respecta a la forma, será aplicable, dentro del Reglamento Roma I, su artículo 11, el cual establece la ley aplicable a la validez formal. Por otro lado, la ley aplicable al contrato regirá en particular²⁷³:

- a) *“su interpretación;*
- b) *el cumplimiento de las obligaciones que genere;*
- c) *dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas;*
- d) *los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo;*
- e) *las consecuencias de la nulidad del contrato.*

²⁷¹ Véase al respecto el magnífico análisis realizado en materia de ley aplicable por CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.155 a 161, especialmente p. 160. También se detienen en el tema PALAO MORENO, G. "La mediación familiar internacional" en Llopis Giner, J.M. (Coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003, p. 61 a 88, especialmente p. 82-83; y OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. " The Law Applicable to International Mediation Contracts" en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1, 2011.

²⁷² Ello ocurre cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige; o cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro.

²⁷³ Así lo establece el artículo 12 del Reglamento Roma I.

2. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.

2.1.2. El contrato de mediación inter partes

Al tratarse de un contrato, cuando sea de aplicación el Derecho Internacional de la Unión Europea, habrá que acudir también al Reglamento Roma I, que es el que determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

El fondo del contrato entre las partes se regirá por la ley establecida entre las mismas, de nuevo con las condiciones recogidas en el artículo 3, incluyendo las reglas tendentes a evitar las prácticas fraudulentas. En defecto de pacto es necesario acudir al artículo 4 y, al no encontrarse entre los ocho contratos mencionados en el apartado 1, y no disponer, en principio, de una prestación característica, será aplicable el apartado 4. En él se establece que la ley aplicable al contrato será la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Tal y como establece CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.²⁷⁴, una mediación en condiciones normales suele presentar vínculos muy estrechos con el país cuya ley rige la relación jurídica a la que se refiere la mediación. Si estos vínculos no fueran suficientes, también es posible que esté vinculada con el país donde tengan la sede común los contratantes. Si siguen sin presentarse suficientes vínculos se valorarían otros datos como el país donde deba surtir efecto y donde deba tener lugar la mediación, el país de celebración del contrato etc.

Por último, en cuanto a la forma, será aplicable, el artículo 11 del Reglamento Roma I, el cual establece, como ya se ha señalado, la ley aplicable a la validez formal.

2.2. Ley aplicable a la capacidad de las partes para obligarse

En relación con el punto anterior surge la cuestión relativa a la capacidad de las partes y del mediador para obligarse contractualmente. Al tratarse obligaciones contractuales las partes deben disponer de dicha capacidad, pero ¿cuál es la ley que determina si disponen o no de la misma? En este supuesto, debido a que no hay ninguna norma de la Unión Europea aplicable al respecto, ni ninguna norma convencional sobre el particular, es de aplicación el Derecho Internacional Privado español. Por ello, será

²⁷⁴ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013, p.155 a 161

necesario acudir al capítulo IV del Código Civil, que contiene las normas de Derecho Internacional Privado. Concretamente, será de aplicación el artículo 9.1, que establece que la ley personal, que viene determinada por la nacionalidad, es la ley que regirá la capacidad de las personas físicas.

2.3. Ley aplicable al acuerdo resultante de la mediación

En un proceso de mediación internacional va a resultar fundamental determinar cuál es la ley aplicable al acuerdo resultante de la mediación. A lo largo de todo el trabajo se ha puesto de manifiesto cómo una de las principales características de la mediación es la autonomía de la voluntad de las partes, y la posibilidad de que ellas mismas decidan libremente el acuerdo que desean adoptar para resolver su conflicto. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad va a encontrar límites provenientes de la disponibilidad de los derechos y deberes sujetos a mediación internacional, y de la ley aplicable a las posibilidades de acuerdo de las partes.

En primer lugar, en cuanto a la disponibilidad de los derechos y obligaciones, tanto la Directiva 2008/52/CE como la Ley 5/2012 se aplican únicamente respecto a materias disponibles por las partes. Pero, ¿cuál es la ley que determina si un derecho es dispositivo o no? Es un tema de vital importancia ya que, tal y como se expuso anteriormente, se trata de una cuestión sobre la que es habitual que haya diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos. Ello puede ocasionar que en una mediación transfronteriza surjan situaciones en las que se vean involucrados dos ordenamientos con disposiciones totalmente opuestas al respecto, lo que podría hacer peligrar la ejecución del acuerdo en el Estado que no reconoce la disponibilidad de las materias objeto de su contenido.

La Directiva únicamente se refiere a que se aplicará la “legislación pertinente”²⁷⁵. Esta vaga expresión se ha interpretado por la doctrina²⁷⁶ en el sentido de que habrán de entrar en juego las normas de Derecho Internacional Privado que regulen

²⁷⁵ Véase el Considerando 10 de la Directiva.

²⁷⁶ Véase al respecto el brillante análisis de DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p. 286-289. También interpretó este precepto en el sentido indicado GIL NIEVAS, R. "La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 768/2008, p.4.

la materia concreta de que se trate, siendo la “legislación pertinente” aquella que determinen las correspondientes normas de conflicto de leyes.

Por otro lado, aparece el límite de la ley aplicable a las posibilidades de acuerdo de las partes. El artículo 25.2 de la Ley 5/2012 establece que para la formalización de un acuerdo como título ejecutivo, el notario comprobará que su contenido “no es contrario a Derecho”²⁷⁷. Ante esta expresión surge la duda de qué hay que entender por “contrario a Derecho”, y más en concreto ¿cuál es ese Derecho? Igual que ocurre en el supuesto de los Derechos disponibles, tal Derecho será el que resulte de la aplicación de las normas de conflicto de la institución de que se trate, amén de la compatibilidad con el orden público del foro, como se analizará más adelante.

Como conclusión, y siguiendo el análisis de DIAGO DIAGO, P.²⁷⁸ en esta materia, se puede entender que lo más adecuado es que la ley aplicable al acuerdo resultante de la mediación venga determinada por las normas de conflicto reguladoras de la institución concreta de que se trate. Así por ejemplo, habría que atender a la ley que resultara de la correcta aplicación de instrumentos como el Reglamento 1259/2010 en materia de separación o divorcio; el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos; el Reglamento 593/2008 en cuanto a las obligaciones contractuales; el Reglamento 864/2007 en materia extracontractual; o nuestros artículos 9 a 12 CC, entre otros, para aquellas materias sobre las que no hay normativa europea ni internacional.

Ello podría plantear otro problema, y es que un solo acuerdo de mediación puede contener cláusulas que afecten, por ejemplo, a materias de separación y divorcio, y otras relativas a los alimentos. De esta forma, la ley aplicable a cada una de estas cláusulas vendrá determinada por distintos instrumentos, por lo que puede que no coincidan. Así, la posibilidad de que un mismo acuerdo de mediación se rija por varias normas atendiendo a la materia de lo pactado, obliga a los operadores jurídicos a prestar

²⁷⁷ En este sentido véase ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 136, 2013, p. 165-199, especialmente p. 190-193; y PALAO MORENO, G. "La mediación familiar internacional" en Llopis Giner, J.M. (Coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003, p. 61 a 88, concretamente p. 84-86. Cabe destacar también su calificación como “*un verdadero negocio jurídico de familia, que no puede ser calificado como obligación contractual*” del acuerdo resultante de mediación familiar internacional.

²⁷⁸ Véase al respecto DIAGO DIAGO, P. "Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)" en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Estudios sobre la contratación internacional*, Colex 2006 p. 151 a 178; y DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298.

una especial atención a estos temas internacional privatistas. La consecuencia de su no observancia puede ocasionar que el acuerdo no pueda ser ejecutado, debido a que sea “contrario a Derecho” y no produzca efectos.

3. PROBLEMAS DE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE DECISIONES EXTRANJERAS

El tercer y último sector del Derecho Internacional Privado, es el relativo a la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras. Dicho sector se ocupa de determinar los efectos que pueden desplegar en España las decisiones extranjeras que resuelven cuestiones internacional privatistas. Hay que situarse, por consiguiente, en un acuerdo de mediación alcanzado en el extranjero, que pretende ejecutarse en España.

En el desarrollo y asentamiento de la mediación como método de resolución de conflictos, deviene fundamental que una vez las partes lleguen a un acuerdo, éste se pueda reconocer y ejecutar en otros países, de la misma forma que ocurre con las sentencias. Por lo tanto, el objetivo es crear un marco jurídico seguro, que permita la ejecución de un acuerdo resultante de mediación, de forma similar a una resolución judicial. Se busca la libre circulación de los acuerdos de mediación entre los distintos Estados²⁷⁹. Con dicha finalidad, la Directiva establecía que el acuerdo ejecutivo en un Estado miembro, debía ser reconocido y ejecutivo en los demás Estados miembros, con arreglo a los instrumentos aplicables al respecto²⁸⁰.

Es aquí donde surge el primer problema, y es que la Directiva deja a la discrecionalidad de los Estados miembros la determinación de la naturaleza del acuerdo resultante de la mediación. De esta forma, la distinta naturaleza otorgada a los acuerdos por los distintos Estados hace que la ejecución juegue de manera distinta en unos y otros. Así, si en un Estado miembro un acuerdo es título ejecutivo *per se*, éste se ejecutará en el resto de Estados miembros directamente mediante, por ejemplo, el Reglamento Bruselas I. Sin embargo, en países como España donde el acuerdo de

²⁷⁹ Véase el interesante análisis de SANTA-CROCE, M. "L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen" en *Gazette du Palais*, juin 2001.

²⁸⁰ Como ejemplos de estos instrumentos, en materia civil y mercantil el Reglamento 44/2001, de 12 de diciembre de 2001 (Bruselas I), o el Convenio de Lugano II, de 30 de octubre de 2007; o en materia matrimonial y de responsabilidad parental el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento Bruselas II bis).

mediación no goza de fuerza ejecutiva directa, será necesaria su previa elevación a escritura pública u homologación, tal y como establece la ley.

Atendiendo a lo contenido en la Ley 5/2012, tal y como se expuso, dedica los artículo 25 a 27 a la ejecución de los acuerdos de mediación. De los acuerdos transfronterizos se ocupa en el artículo 27, estableciendo unas normas especiales. Así, conviene distinguir dos tipos de acuerdos:

- Un acuerdo de mediación que ya ha adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado. Estos acuerdos, sin perjuicio de lo que dispongan los convenios internacionales vigentes en España y la normativa de la Unión Europea, sólo podrán ejecutarse en España cuando la fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas. Al respecto cabe destacar el importante papel que puede desempeñar la cláusula de orden público²⁸¹, por ejemplo, en relación con los acuerdos cuyo contenido afecten a derechos y obligaciones no disponibles por el Derecho español²⁸².

- Un acuerdo que no ha sido declarado ejecutable por autoridad extranjera. Para ser ejecutado en España deberá elevarse a escritura pública por notario español. El notario deberá comprobar que el contenido del acuerdo “no es contrario a Derecho”. En coherencia con lo expuesto anteriormente, tal “Derecho” es el Derecho estatal que regula el fondo del conflicto, conforme a las normas de conflicto aplicables según la materia de que se trate. Con arreglo a tal Derecho, el notario deberá comprobar que la materia del acuerdo pertenece a los derechos disponibles de las partes, y que la solución adoptada es una solución posible conforme a tal Ley.

En cualquier caso, se introduce una cláusula de orden público, de tal forma que no podrá ejecutarse ningún documento extranjero que resulte manifiestamente contrario al orden público. Esta cláusula de orden público puede a su vez otro problema. Puede

²⁸¹ Destaca la relevancia de esta cláusula DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p.293-296. Establece expresamente que “esta excepción constituye un límite infranqueable, a salvo de la posible actuación de efectos atenuados y su juego puede ser más habitual de lo que cabría pensar, incluso en el ámbito europeo” p. 289.

²⁸² Véase al respecto, PALAO MORENO, G. "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012" en *Diario La Ley* Nº 7847, 2012, concretamente p.8. En dicho trabajo plantea el interrogante de si la autoridad española podría controlar el carácter disponible de la materia que se hubiera mediado en otro país, cuando se le solicitara dicha ejecución. La Ley 5/2012 omite toda referencia al respecto, de tal forma que únicamente quedaría *el eventual – problemático y algo forzado- recurso de acudir a los principios de orden público*.

ocurrir que exista un acuerdo de mediación, que ha de ejecutarse en dos Estados distintos, y en uno de ellos se ejecute correctamente, mientras que en otro se rechace su ejecución por motivos de orden público.

4. APÉNDICE: SUPUESTO ILUSTRATIVO DE ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

A continuación se plantea un supuesto tomado de la vida real, que podría haber conducido a un intento de mediación internacional. El caso termino con la extradición el 16 de noviembre de 2013 de la madre a Alemania²⁸³.

Supuesto ilustrativo:

Sustracción de menor por parte de la madre (nacional española) que lo traslada desde Alemania, (lugar de la residencia habitual del niño y de sus padres), a España. El matrimonio acababa de romperse y el Tribunal alemán ha concedido al padre la custodia del niño. La madre alega haber sufrido malos tratos por parte del esposo (doble nacional español-alemán) por lo que toma la decisión de trasladar ilícitamente al niño a España, Estado originario de los cónyuges

El padre insta un acción de retorno inmediata del menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980, con base en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis) (aplicable en este supuesto) Siguiendo las pautas marcadas por la Conferencia de La Haya en materia de sustracción de menores se insta la mediación entre los padres. Para ello el mediador se atiene a lo dispuesto en la Guía de buenas práctica sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores.

A través de la mediación se quiere llegar a un acuerdo sobre la custodia del niño, su residencia habitual, el derecho de visitas y el pago de alimentos.

Las primeras cuestiones que tienen que abordarse son las relativas a la Ley aplicable a cada una de las cuestiones sometidas a mediación. Las normas materiales relativas a las relaciones paternofiliales varían mucho de un Estado a otro y lo mismo

²⁸³ Véase la referencia del Caso en Plataforma de Derecho Internacional Privado Millennium <http://www.plataformamillennium.com/n-32-detienen-por-secuestro-a-una-mujer-canaria-que-se-trajo-a-su-hijo-desde-alemania-el-pasado-16-de-noviembre--fue-extraditada-a-alemaniadonde-debera-ser-juzgada-por-el-secuestro-del-menor>

ocurre con las normas relativa a alimentos. Una vez determinadas las normas aplicables, que pueden ser distintas, se habrá fijado el marco jurídico dentro del cual se podrá alcanzar el acuerdo

Éxito de la mediación:

En el supuesto que se propone, la mediación es un éxito: los progenitores acuerdan la custodia compartida del hijo y la residencia alternada del mismo. Además el padre sea aviene a pagar a medias con la madre los gastos del traslado del menor a Alemania

¿El acuerdo de mediación es jurídicamente relevante?

Las autoridades españolas sólo son competentes para decidir sobre el retorno inmediato del menor y para ello pueden tener en cuenta el acuerdo de mediación. Ahora bien, no pueden garantizar que las autoridades alemanas respetaran el acuerdo de mediación. Son precisamente las autoridades alemanas las competentes para decidir sobre las cuestiones de fondo de la custodia (Reglamento Bruselas II bis)

Consecuencia: la madre tiene miedo de regresar y que no se le garantice el acuerdo de mediación por parte de las autoridades alemanas que por lo general aplicarán su propia ley (Convenio de La Haya de 1996)

Las cuestiones relativas a las obligaciones alimenticias requieren un tratamiento diferente en materia de competencia judicial Internacional y Ley aplicable, si bien se abordan en el mismo acuerdo de mediación, lo que eleva el grado de dificultad de su consecución.

Esquema del supuesto ilustrativo

La mediación Internacional en el ámbito de la sustracción internacional de menores

Supuesto práctico

- Ruptura M. originario Estado E
- Residencia habitual del M. Estado A

⇒ Madre traslada ilícitamente al niño al Estado E

⇒ Padre: acción de retorno. Convenio de La Haya

⇒ Tribunal del Estado A. concede al padre la custodia del niño

Éxito de la mediación:

- Custodia compartida del niño y residencia alternada
- Gastos de traslado al Estado A medias

¿Acuerdo de mediación jurídicamente vinculante?

⇒ Autoridades del Estado E. Sólo competentes para decidir sobre el retorno del menor

⇒ Autoridades del Estado A. Competentes para decidir sobre las cuestiones de fondo de la custodia

Consecuencia: la madre tiene miedo de regresar y que no se le garantice el acuerdo por las autoridades del Estado A que por lo general aplicará su propia Ley

- Otras cuestiones ej. obligaciones alimenticias: juego de otras normas de Competencia y de Ley aplicable.

VI. CONCLUSIONES

La mediación se presenta como un mecanismo de solución de controversias útil y adecuado para ciertos conflictos, especialmente para aquellos en los que concurre algún elemento heterogéneo. Se trata de un instrumento de paz social que otorga gran transcendencia al papel que desempeña la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de resolver un conflicto, a la par que facilita el ejercicio de los ciudadanos de su derecho a una tutela judicial efectiva.

Estas características propias de la mediación despertaron en las instituciones de la Unión Europea un creciente interés por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, lo que desembocó, tras un largo proceso, en la aprobación de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Es relevante destacar que en ella se establece un concepto autónomo de “mediación”, así como de “elemento transfronterizo”, adquiriendo ambos el carácter de conceptos propios y específicos del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Con ello se logra despojar de la noción de mediación y de mediación transfronteriza las particularidades de cada Derecho interno, obteniendo una definición autónoma, con independencia de las que se establezcan en las legislaciones nacionales que la transpongan. Así, será mediación todo procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su conflicto con la ayuda de un mediador. El carácter transfronterizo vendrá determinado únicamente por el domicilio o residencia habitual de las partes en diferentes Estado miembros.

Esta definición de “mediación transfronteriza” deja fuera numerosas situaciones en las que intervienen elementos heterogéneos distintos del domicilio o la residencia habitual de las partes. De esta manera, la mediación transfronteriza es sólo un tipo de mediación internacional, que no engloba la totalidad de situaciones heterogéneas que pueden surgir en la práctica.

En el ámbito nacional, fue en las Comunidades Autónomas y concretamente en materia familiar, donde comenzó a desarrollarse legislación específica sobre mediación. No es hasta el pasado año 2012 cuando surge una norma estatal general sobre dicho

mecanismo de solución de conflictos, el Real Decreto-Ley 5/2012, que posteriormente fue derogado por la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

No obstante, con anterioridad a la aprobación de este Real Decreto-Ley, se presentó un Proyecto de Ley de Mediación, de 29 de abril de 2011, que aunque no siguió su tramitación y no por ende, no llegó a entrar en vigor, difería sustancialmente en algunos aspectos esenciales de la posterior ley de mediación. Estos aspectos principalmente eran la obligatoriedad de la mediación, y el carácter de título ejecutivo *per se* del acuerdo resultante de la misma.

Del análisis de todo este marco jurídico actual se observa que en él no se presta la suficiente atención a las especificidades y complejidad de los procesos de mediación transfronterizos, en relación con el ámbito internacional privatista. Así, no se tratan cuestiones tan relevantes como los tribunales competentes para ejecutar un acuerdo de mediación extranjero, la ley aplicable al contrato de mediación, la ley aplicable al acuerdo resultante de la misma, o algunos problemas que plantea el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en el presente estudio, estos problemas conflictuales pueden surgir en relación con los tres sectores del Derecho Internacional Privado: la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras. En consecuencia, para resolver todas estas cuestiones no abordadas ni por la Directiva europea, ni por la Ley 5/2012, habrá que acudir al sistema general de Derecho Internacional Privado. Ello incluye tanto el Derecho Internacional Privado europeo, como el Derecho Internacional Privado español, y aún en el Derecho Interregional, dependiendo del supuesto concreto de que se trate. Tal y como se ha destacado, el recurso a las normas de Derecho Internacional Privado no se va a restringir únicamente a las mediaciones transfronterizas, sino que también será necesario acudir a ellas en relación con los procesos de mediación en que confluya algún elemento de heterogeneidad que active su aplicación.

La complejidad del tema obliga a los operadores jurídicos a prestar una especial atención a estos aspectos internacional privatistas. A su vez, hace recomendable en todo proceso de mediación internacional la intervención de un experto en Derecho Internacional Privado. Su soporte será fundamental para asesorar a las partes tanto sobre el contenido del acuerdo, en aras de que pueda adquirir carácter ejecutivo, como en lo relativo a su ejecución en un Estado distinto al del lugar en que se acuerda.

Es importante subrayar por otro lado, y tal y como se ha expuesto en este estudio, cómo, pese a que la mediación consagra la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de alcanzar su acuerdo, ésta se va a ver limitada por la disponibilidad de los derechos y obligaciones sobre los que pacten, y por la posibilidad real de elegir la ley aplicable. Ambos aspectos están íntimamente relacionados con la ley aplicable al acuerdo de mediación, la cual, tal y como se ha analizado, puede estar fragmentada en función de las distintas materias contenidas. El hecho de conocer cuál es esta concreta ley deviene fundamental, puesto que el acuerdo deberá ajustarse a ella para, posteriormente, adquirir el carácter de ejecutivo y desplegar efectos.

Otra cuestión de gran transcendencia, que será determinante a la hora de que las partes decidan si resolver sus conflictos acudiendo a la mediación, es el reconocimiento y ejecución del acuerdo a que da lugar la mediación. Resulta primordial crear un marco jurídico seguro, que permita la ejecución de un acuerdo de mediación, de forma similar a una resolución judicial. El objetivo a lograr es la libre circulación de los acuerdos de mediación entre los distintos Estados. No obstante, en la práctica, siguen planteándose numerosos problemas al respecto.

Así por ejemplo, la distinta naturaleza otorgada a los acuerdos por los diversos Estados hace que la ejecución juegue de manera distinta en unos y otros. Así, si en un Estado miembro un acuerdo es título ejecutivo *per se*, éste se ejecutará en el resto de Estados miembros directamente mediante, por ejemplo, el Reglamento Bruselas I. Sin embargo, en países como España donde el acuerdo de mediación no goza de fuerza ejecutiva directa, será necesaria su previa elevación a escritura pública u homologación, tal y como establece la ley.

Finalmente, cabe hacer hincapié en el importante papel que está llamada a desempeñar la mediación en el ámbito familiar. En los conflictos familiares, en la mayoría de ocasiones las relaciones entre las partes deben continuar con independencia del resultado del litigio, por lo que la búsqueda de una solución consensuada ayuda a preservar dichas relaciones. Dentro del ámbito familiar destaca la función que podría ejercer la mediación en el trágico fenómeno de las sustracciones internacionales de menores, lo cual requeriría de un estudio más en profundidad sobre las cuestiones de Derecho Internacional Privado que ello plantea.

Como corolario, cabe afirmar que tanto la Directiva 2008/52/CE como la Ley estatal 5/2012 han sentado los principios básicos que todo proceso de mediación ha de

tener, proporcionando un marco jurídico estable en toda la Unión Europea, lo que ya de por sí crea seguridad jurídica y promueve el uso de este MARC. Sin embargo, todavía quedan muchos interrogantes que deberán ser resueltos, especialmente en el ámbito de las mediaciones internacionales. Al tratarse de una regulación tan novedosa, todavía es pronto para hacer balance sobre su eficacia, pero de momento invita al optimismo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEMÁN MONTERREAL, A. "La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el anteproyecto y en el proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles" en LÓPEZ SAN LUIS, R. (coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, 2011, p. 217-239

ALMOGUERA, J. "La Directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional" en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 292, 2009, p. 5-19

ÁLVAREZ MORENO, M.T. "La mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Poder Judicial*, Nº 77, 2004, p. 243 a 304

ANDRÉS CIURANA, B. "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 12, 2005, p. 60-69

ARGUDO PÉRIZ, J. L. "El nuevo marco jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad del Derecho en Aragón*, Nº 16, 2012, p. 18-19

BARONA VILAR, S. "El movimiento de las ADR en el Derecho comparado" en CASTILLEJO MANZANARES, R. *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, p. 455-499

BARONA VILAR, S. *Solución extrajurisdiccional de conflictos. "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999

BOTANA CASTRO, A.V. "Conceptos básicos de referencia" en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 27-44

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, vol I, 13ª ed., Comares, 2012-2013

CALVO CARAVACA, A.L./BLANCO-MORALES LIMONES, P. *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003

CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008

CALVO CARAVACA, A.L./FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.) *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997

CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L. *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI" en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, Nº 22, 2004, p. 17-58

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Globalización y Derecho Internacional Privado*, Liberlibro.Com, Albacete, 2002

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009

CASO SEÑAL, M. "Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva Comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*. Nº 7046, 2008

CASTILLEJO MANZANARES, R. "Mediación en el ámbito familiar" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 341-356

CLEMENTS DOMÍNGUEZ, A. "Mediación familiar: algunas cuestiones relativas a su implantación en el ordenamiento jurídico español" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 4, 2001, p. 299 a 310

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL *Datos nacionales de 2012*, Madrid, 2012

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Sección de Estadística Judicial. "Estimación del incremento de carga de los órganos judiciales atribuible a la crisis económica" en *Datos de Justicia: Boletín de Información Estadística*, Nº 31, 2012

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL *Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Madrid, 2011

COOLEY, J.W. "Arbitration vs. Mediation - Explaining the Differences" en *Judicature*, vol. 69, Nº 5, 1986, p. 263-269

CORNU, G. "Les modes alternatifs de règlement des conflits" en *Revue internationale de droit comparé*, Nº2, 1997, p. 313-323

CORVO LÓPEZ, F. "El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar" en *Aranzadi civil-mercantil*, Nº1, 2011, p. 43 a 78

COSTAS RODAL, L. "La nueva ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 7, 2012

DE LA OLIVA SANTOS, A., "Mediación y justicia: síntomas patológicos" en *Otrosí*, Nº 8, 2011, p.7-13

DE LA TORRE OLID, F. "Notas para una ley de mediación familiar de la región de Murcia" en *Actualidad Civil*, Nº 3, 2008

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. "Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 733, 2012, p. 2773 a 3035

DEL ARENAL MOYÚA, C. "Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales" en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Universidad del País Vasco, Vitoria, 2009

DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex 2008 p. 265-298

DIAGO DIAGO, P. "Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)" en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Estudios sobre la contratación internacional*, Colex 2006 p. 151-178

DIAGO DIAGO, P. "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI : aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004

DOMÍNGUEZ MENA, A. "Directiva sobre mediación: otro paso más hacia la desjudicialización" en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 20, 2008

ESPLUGUES-MOTA, C. "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2006, de 6 de julio" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 136, 2013, p. 165-199

ESTEBAN DE LA ROSA, G. "Irrupción del movimiento A.D.R (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, p. 89 a 115

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia" en *Derecho Privado y Constitución*, Nº19, 2005, p. 55-91

FERRER ORTIZ, J. "Familia y Derecho" en MELERO MORENO, C. (Coord.) *XV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas en el XXV aniversario de su fundación*, 1997, p. 197-230

FERRER ORTIZ, J. "Libertad religiosa e inmigración: el matrimonio canónico entre católica y musulmán" en *Ius canonicum*, vol. 51, Nº 102, 2011, p. 547-585

FODDAI, M.A. "Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?" en GARCÍA VILLALUENGA, L. y otros (Coord) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Vol. 1, Editorial Reus, 2010, p. 41-62

FOUCHARD, P. "Arbitrage et modes alternatifs de reglement des litiges du commerce international" en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Melangés en l'honneur de Kahn*, Litec, 2000, p. 95-115

GALEOTE, M^a. P. "Novedades en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*, N° 7456, 2010

GARCÍA FERNÁNDEZ, M^a.A. "Mediación on-line: pasado y presente de esta institución" en *Diario La Ley*, N° 8048, 2013

GARCÍA TOMÉ, M. "La mediación familiar en los conflictos de pareja" en *Documentación Social*, N° 148, 2008, p. 43-60

GIL NIEVAS, R. "La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 768/2008, 2008

GÓMEZ CAMPELO, E. "Algunas reflexiones sobre el impacto de la multiculturalidad en el ámbito de la familia" en *Por una adecuada gestión de los conflictos: la mediación*, Caja de Burgos, 2008, p.225-276

GONZÁLEZ CANO, M^a. I. "Los métodos alternativos de resolución de conflictos" en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p. 131-143

GONZÁLEZ MARTÍN, L.A. "Aspectos procesales de la Ley de Mediación" en *Iuris*, N° 183, 2013

GONZÁLEZ PILLADO, E. "Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 357-368

GRANDE SEARA, P. "Ámbitos objetivo y subjetivo de la mediación familiar en la legislación autonómica" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 369-384

HUALDE MANSO, T. "Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 2, 2012

LAGARDE, X. "L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation" en *Revue de l'arbitrage*, N°3, 2000, p. 377 a 401

LAUROBA LACASA, M^a E. "La mediación familiar en Cataluña" en GINÉS CASTELLET, N. *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, J.M. Bosch Editor, 2011

LIEBERMAN, J.K./ HENRY, J.F "Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement" en *Univesity of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, p. 424-439

LÓPEZ JARA, M. "Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*, Nº 7857, 2012

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. "La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo" en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 27, 2012

LORCA NAVARRATE A.M/ DENTICI VELASCO N.M *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "ley de divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005, p.91 a 131

MAGRO SERVET, V. "La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*, Nº 7852, 2012

MAGRO SERVET, V. "Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España" en *Diario La Ley*, Nº 7951, 2012

MARCOS FRANCISCO, D. "Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Civil*, Nº 15-16, 2012

MARCOS MARTÍN, T. "La mediación familiar en la Unión Europea" en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 19-26

MARÍN LÓPEZ, J.J. El interés del menor en la futura ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha en MARÍN LÓPEZ, M.T. (dir.), *El derecho y los derechos de los niños*, 2003, p. 61-68

MARTÍN DIZ, F. "Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias" en *Diario La Ley* Nº 6480, 2006

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. "A cada uno su familia, a cada familia su derecho(aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)" en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 2, 2007 , págs. 29-47

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (Coord.) *Curso de Derecho Civil. Vol IV. Derecho de Familia*, Madrid, Colex, 2011.

MARZOCCO, A.M./NINO, M. "The EU Directive on mediation in civil and commercial matters and the principle of effective judicial protection" en *Lex ET Scientia International Journal*, Nº XIX, vol. 2, 2012, p. 105-128

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. "Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Civil*, Nº 21-22, tomo 2, 2012

MORENO CATENA, V. "La resolución jurídica de conflictos" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 27-46

NACIONES UNIDAS, *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, 2002

NGABONZIZA, D. "La médiation dans les disputes familiales internationales. Le rôle futur des conventions de la Haye", en DETRICK, S. y VLAARDINGERBROEK, P. (Eds.) *Globalization of Child Law. The role of the Hague Conventions*, La Haya, Martinus Nijhoff 1999 p. 65 a 75

NIEVA-FENOLL, J. "La mediación: ¿una "alternativa" razonable al proceso judicial?", en *Actualidad Civil*, Nº 15-16, 2012

OPPETIT, B. "Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique" en *Justices*, Nº1, 1995, p. 53 a 59, especialmente p. 53-59

ORDOÑEZ SOLÍS, D. "La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: "fuera de los tribunales también hay justicia"", en *Diario La Ley*, Nº 7165, 2009

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. " The Law Applicable to International Mediation Contracts" en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1, 2011

ORTUÑO MUÑOZ, J.P. "Perspectivas de regulación de la mediación en la Unión Europea" en *Trabajo Social hoy*, Número extraordinario 1, 2005, p. 73-84

ORTUÑO MUÑOZ, J.P./ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Madrid: Fundación Alternativas, 2007

ORTUÑO MUÑOZ, P. "El "Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil" de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas", en *Revista Iuris-La Ley*, Nº 77, 2003, p. 42-48

OTERO PARGA, M. "Ventajas e inconvenientes de la mediación" en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p.144-157

PALAO MORENO, G. "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012" en *Diario La Ley* Nº 7847, 2012

PALAO MORENO, G. "El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, Nº2, 2012, p. 315-320

PALAO MORENO, G. "La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa", en CANO BAZAGA, E. (Dir.) *La Libre circulación de resoluciones*

judiciales en la Unión Europea, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 231 a 241

PALAO MORENO, G. "La mediación familiar internacional" en Llopis Giner, J.M. (Coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2003, p. 61-88

PARRA RODRIGUEZ, C, "Derecho Internacional Privado: los matrimonios mixtos" en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.) *Derecho de familia : procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 217-236

PEREIRA PARDO, M^a.C. "Aspectos jurídicos" en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.) *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 45-74

PÉREZ CEBADERA, M.A. "La ejecutoriedad del acuerdo de mediación" en *Revista de Jurisprudencia*, El Derecho, N° 2, 2013

PETER, J.T. "Med-arb in international arbitration" en *The American Review of International Arbitration*, vol. 8, N° 1, 1997

PRATS ALBENTOSA, L. "La nueva regulación europea de la Mediación" en *Diario La Ley*, N° 6958, 2008

PUNZI, C. "Mediazione e conciliazione" en *Rivista di diritto processuale*, vol. 64, N° 4, 2009, p. 848 y siguientes

REQUEJO ISIDRO, M. "Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género" en CASTILLEJO MANZANARES, R, (dir.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 2011, p. 661 a 700

REVILLA GONZÁLEZ, J. A. "Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: las relaciones transfronterizas" en *Estudios sobre consumo*, N° 79, 2006, p. 59 a 74

ROMERO NAVARRO, F. "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador." en *Revista del ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 40, 2002, p. 31 a 54

SAIZ GARITAONAENDÍA, A. "Mediación, medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 74-85

SANTA-CROCE, M. "L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen" en *Gazette du Palais*, juin 2001

SANZ PARRILLA, M. "El uso de medios electrónicos en la mediación" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p.437-451

SOLETO MUÑOZ, H. "La mediación en la Unión Europea" en SOLETO MUÑOZ, H. (coord.) / OTERO PARGA, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p. 185-203

SOLETO MUÑOZ, H. "La mediación vinculada a los tribunales" en SOLETO MUÑOZ H. (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 245-280

TARRÍO BERJANO, M.G. "Mediación y notariado" en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 42, 2012

TELFORD, M.E. *Med-arb: a viable dispute resolution alternative*, Industrial Relations Centre, 2000

TENA PIAZUELO, I. "Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba" en *Diario La Ley*, Nº 7626, 2011

TORRES ESCÁMEZ, S. "Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)" en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 38, 2011

TWINING, W. "Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics" en *The Modern Law Review*, vol. 56 May 1993 p. 380-392

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L. "La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia" en *Diario La Ley*, Nº 7996, 2013

VALL RIUS, A. "La mediación: realidad y retos del futuro", en *Diario La Ley*, Nº 6954, 2008

VERBRAEKEN, C./VINCKE, F. "Les methodes alternatives de reglement des litiges" en *Journal des Tribunaux*, Nº 5792, 2 de marzo de 1996, p. 161 a 167

WANG, M. "Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce?" en *Arbitration International*, vol. 16 Nº 2, 2000, p.189-211

YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional y Unión europea: últimos avances" en DI FILIPPO, M. (y otros) (coord), *Hacia un derecho conflitual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008, p. 223 a 236

YBARRA BORES, A. "Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 23, junio 2012.

ZABALO ESCUDERO, M.E. “La familia como medio de integración del extranjero en la sociedad receptora” en CHUECA SANCHO, A.G./GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L./BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, 2009, p. 265-282

ZABALO ESCUDERO, M.E. “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam” en *Cuadernos de derecho judicial*, N° 8, 2002, p. 221-258

ZABALO ESCUDERO, M.E. “Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia” en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, N° 18, 2008, p. 45-80

ANEXOS